INTERPRETATIONVM IVRIS

BARTHOLOMÆI CHESII PISANI
I. V. D.
ET IN PISANO GYMNASIO IVRIS CIVILIS
Ordinarij Professoris.

LIBER SECVNDVS.

NVNC PRIMVM IN LVCEM EDITVM.

Cum Argumentis, Summarijs, & duplici, Capitum, & Rerum INDICE.

LIBVRNI M.DC.LVII.

Sumptibus Io: Vincētij Bonfilij. Apud Hęred. Dom. Minaschi.

SVPERIORVM PERMISSV.

SERENISSIMO LEOPOLDO EX PRINCIPIBVS HETRVRIÆ.

BARTHOLOMÆVS CHESIVS S. P. D.

LEGES non ſolum condere, ſed interpretari regium eſt. Si quid obſcurum in legibus occurrat, ſi quo casu de legis iuſſu continendo, vel producendo dubitetur Principem interrogari leges ipſæ iubent. Legum ea dignitas eſt, vt de iure etiam aperto reſpondere, ex legibus iudicare, & in illis quoquo modo verſari, ſupremi Principis maieſtatem non minuere, veteres illi Romani Imperatores oſtenderint, qui tot reſcripta (quorum pleraque etiam ſuperſunt) interrogantibus ediderunt, toties in controuerſijs priuatis componendis, & de iure definiendis iudicis partes aſſumentes, toti licet Orbi regendo occupati, vacarunt. Atqui id munus ſibi præcipuum vtique reſeruaſſent, niſi (quod vnus omnibus ſufficere non poſſet) neceſſitas ipſa Iurisconſultorum operam exegiſſet. Horum eſt Legum non verba ſolum, ſed vim, ac poteſtatem tenere, mentem ſcrutari, ex his ratiocinari, & inferre, illas ipſas in his, quæ generalis vitio ſermonis, (quo leges plerumque proferri neceſſe eſt) inclusa, aut non comprehenſa fuerunt corrigere, ſiue ſupplere, supremi denique legislatoris in legibus interpretandis munia peragere.

* 2 Iuris

Iuris itaq; interpretationes maximo cuique Principi Iureconsultum offerre non dedecet .. Meas tamen tibi Heros SERENISSIME (quod à me nonnisi leue, & exiguum possit proficisci) non decere fui suspicatus: quandó hac ipsa ratione, quod meæ essent, augustissimo tuo nomini dicandas tandem censui. Neque enim tutius mihi consulere potui, aut certius sperare, vt non ingratè Secundus hic Liber exciperetur, quam si eius patrocinium implorarem, qui tanta cum humanitate Primum complexus est. Neque quid magis deberem, agnoui, quam summæ tuæ munificentiæ, qua me humillimum respicis, laudibus etiam ornas, beneficijs prosequeris, studijs denique meis fauere non desinis, saltem quo possum argumento (quia te dignum non habeo) grati, & obseruantis animi specimen aliquod exhibere.

Et alteram igitur hanc Interpretationum mearum partem C. T. obsequentissimus Offero, Dico, Consecro. Teque supplex oro atque obtestor, vt singulari, qua præstas, benignitate, quantulumcumque hoc munus non ad tuam referas amplitudinem, sed ex deditissimo animo meo iudices, ac dimetiaris. Vale.

EX-

Imprimatur si videbitur Reuerendiss. Patri Inquisitori Pisarum.

Gherardus Cęsalpinius Archipresbyter, & Vic. Gen.

Die 7 Februarij 1656.

Videat huiusmodi scripta & referat Excellentiss. D. Ioseph Lupi Fiscalis S. Officij.
F. Hieronymus de Lugo Inquisitor Pisarum.

Reuerendissime Pater.

DE mandato D. V. Reuerendiss. attentus legi Librum hunc Interpretationum Iuris Ciuilis Excellentiss. ac Celeberrimi Domini Bartholomæi Chesij Pisani, in Patrio Lijceo è prima Sede, vespertinis horis, Iuris Ciuilis Interpretis Ordinarij, quinquaginta Capitibus distributum; In quibus singulis admirans inspexi, difficiliora, tum Iuris Consultorum responsa, tum Imperatorum Rescripta; non minori facilitate enucleata, quam subtilitate elaborata. Lętans vidi salebrosas legum difficultates, solidissimis Iuris principijs, fœliciter resolutas; Nouos, earumdem, Intellectus absq; nota diuinationis ingeniosè, ac dilucidè reperi explicatos, omnia tamen Christianæ Pietati, ac bonis moribus consona, & ità modestè dicta vt sicut indicant Authorem, ità ad Publicarum Vniuersitatum vtilitatem, erudiendosq; Iurisprudentiæ Asseclas, in lucem egredi mereantur. Quarè &c.

Pisis quinto Idus Februarij 1656. more Pisano.

Ioseph Lupius I. C. Pisanus, & in Patrio Gymnasio Iur. Ciuil.
Professor Ordinarius, Fiscalis S. Officij manu propria.

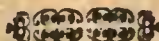
Stante prædicta attestatione, Imprimatur die 9. Februarij. 1656.

F. Hieronymus Baroni de Lugo Inquisitor Generalis Pisarum.

Alexander Victorius Sen. Ser. M. Ducis Aud.

IN

INTERPRETATIONVM IVRIS BARTHOLOMÆI CHESII LIBER SECVNDVS



Explicatur l. 2. §. hi qui. ff. de Cap. Minut.
Cap. I.

SVMMARIVM.

PRAETOR *Restituit actionem aduersus Capite Minutos per Capitis diminutionem extinctam. n.* 1.

Proponitur, & reprehenditur Vlpiani traditio in l. 2. §. hi qui ff. de Capit. Minut. *n.* 2.

Filius fam. ex omnibus contractibus obligatur, & conueniri potest. n. 3.

Subijcitur Auctoris Interpretatio. n. 4.

Actio aduersus eum qui obligatus est sine causa inutilis est, & inefficax. n. 5.

Stipulatio etiam sine causa producit & obligationem & actionem. n. 6. *Sed quę exceptione repellitur. n.* 8.

Stipulatio pendet ex negocio contracto. n. 7.

Prętor exceptionem doli proposuit, nè cui dolus suus per occasionem Iuris Ciuilis contra naturalem aquitatem prodesset. n. 9.

Numeratio pecunię, si pracedat, vel sequatur stipulatio, implenda stipulationis causa facta intelligitur. n. 10.

Si quis filio fam. facto numerauerit, quamuis à Patre fam. fuerit stipulatus, stipulatio inutilis est. n. 11.

Senat. Conf. Macedon. *iubet Actionem aduersus filium fam. ex mutuo competentem, per exceptionem infirmari. n.* 12. *vel actionem ab initio denegari. n.* 13.

Si quis fuerit à filio fam. stipulatus, indè eidem Patri fam. facto pecuniam numerauerit, efficax est stipulatio. n. 14.

Obligatio naturalis ex Capitis diminutione non perimitur. n. 15.

Prator viua vox est Iuris Ciuilis. n. 16.

Consentiunt Interpretes omnes necessa iũ fuisse Edictum de Capite Minutis ad restituẽdam Actionem in eum, qui minimam capitis diminutionem passus esset, quam ipso iure extinctam fuisse fatetur: vel quod nouus Homo ex mutatione familię factus videretur, vel qualibet alia ratione, de

1 qua nunc non quæro. † Certum enim est Prętorem actionem, quę aduersus eum competebat antequam capite minueretur, restituere post capitis diminutionem *l.* 2. §. 1. *ff. de Cap. Min.* vbi verba Edicti referũtur, quę hęc sunt. *Qui, queuè, posteaquã quid cum his actum, contractumue sit Capite deminuti, deminutęue esse dicentur, in eos easue perinde ac si id factum non sit iudicium dabo.* Vnde peremptam eam ex capitis diminutione necessariò dicendum, ne

 illud

illud dicere cogamur, frustra, & ineptè Actionē illā restituisse Prętorē, quę ipso Iure cōpetebat, & quę nunquā fuerat extincta.

2 Sed † valdè obscurum illud est, quod pro Interpretatione eius Edicti subicit. Vlpianus *in d. l. 2. §. hi qui*. Inquit enim, eos, qui Capite minuuntur, ex his causis, quæ Capitis deminutionem præcesserunt manere naturaliter obligatos; & Glossa supplet Ciuilem obligationem, & Actionem ex hoc Edicto aduersus illos restitui, & optima quidem ratione, nam Prętor, qui semper præoculis habet æquitatem, quos videt naturaliter, & ex æquitate obligatos, figmentis dumtaxat Iuris Ciuilis liberatos, vult cum effectu ex suo Edicto conueniri: Indè aduersus eos ciuilibus Commentis extinctam Actionem restituit. Et hæc benè procedunt, nec vlla in his difficultas.

Subdit Vlpianus. *Caterum si postea, imputare quis sibi debebit cur cōtraxerit, quātum ad verba huius Edicti pertinet*. Quæ quidem verba ita Glossa interpretatur, vt sentiat Vlpianus, Edictum illud Prætoris non fauere his, qui post Capitis Deminutionem cum Capite Minutis contraxerunt. Sed quid quęsò indigent isti fauore, & auxilio huius Edicti, cum eo tempore contrahant, quo possunt sibi efficaciter illos obligare, & ipso Iure citrà vllam restitutionem conuenire? Quid eis imputandum est, cur postea cōtraxerint? Quasi verò melius sit ātea cōtraxisse, quo casu Iure Ciuili extincta Actio est, quā postea contrahere, quo tempore non solum efficax oritur obligatio, verùm etiam, quæ nata est perdurat, & efficacem producit Actionem. (Neq. enim intelligi potest iste versiculus de eo, qui contraxit cum deportato, vel Seruo effecto. Iam enim in principio eiusdem *l. 2.* abundè satis docuerat Vlpianus hoc Edictū ad eas tātùm Capitis deminutiones pertinere, quę salua Ciuitate contingerent, quod idem hic immediatè non erat repetendum, maximè eo casu, quo quis post Capitis deminutionem contraxisset) Quid attinet monere Vlpianum Edictum non pertinere ad illos, qui post Capitis deminutionem contraxerunt? quis hac de re potuisset dubitare, qui verba Edicti antea relata legisset? Et quid illud est quod dicit *quantū ad Verba huius Edicti pertinet*: fortè ex sententia Edicti, & his succurrebatur qui post Capitis deminutionē contraxerāt?

Quæ ita doctissimum, & subtilissimum Antonium Fabrum conturbarunt, *tùm in Rationalibus, tùm in Iurisprudentia Papinianea ad Tit. de Cap. demin. prin. 1. Illat. 7.* vt ingenuè fassus fuerit se hunc versiculum non intelligere, illumq; cum sequentibus Triboniano adscripserit. Neq; enim minùs difficultatis habent quæ apud Vlpianum sequuntur. *Sed interdū (inquit) si contrahatur cum his post Capitis Deminutionem danda est Actio*. Ex quibus colligi videtur regulariter, si contrahatur cū his, qui capite sunt minuti obligationem nō contrahi, aut saltem actionem aduersus illos non dari: cuius tamen decisionis non solum ratio aliqua reddi non potest, sed manifesta falsitas conspicitur: cum nihil obstet quo minus vel emancipatus, idemq; Pater fam. factus, vel arrogatus, alioue modo in alienam familiam trāslatus obligetur, & efficaciter conueniatur:
3 apud † omnes enim inconfesso est etiam ipsos filios familias, & obligari, & conueniri posse. *l. tam ex contractibus 57. ff. de Iudic. l. filius familias 39. ff. de Act. & oblig.* Quod si obligari non possent, nulla ratio esset cur aduersus illos actio cōcederetur. Nec satisfacit Glossa dum asserit, Ideo *interdum* dicere Vlpianum, quòd non semper filius fam. obligetur, aliquando enim ex voto, ex mutuo non obligatur. Nam si is fuisset sensus Vlpiani, potius regulam constituere debuisset affirmatiuam, & generalem: nempè aduersus istos dari actionem; casus verò illos speciales excipere, vel per modum exceptionis innuere, aliquando istos non obligari. Tandem subdit Vlpianus. *Et quidē si arrogatus sit, nullus labor, nam perindè obligabitur, vt filius fam.* Quæ etiam verba iusta reprehensione carere non videntur. Cur enim si sit arrogatus nullus labor? Forte aliquod negocium erit si fuerit emancipatus? Difficilius ne obligabitur Pater fam. quàm arrogatus? Et quid illud est, quod dicitur arrogatum obligari perinde vt filius fam? Forte arrogatus filius fam. non est?

Ex his

. Ex his omnibus fateor vnà cum Fabro difficilem esse huius cõtextus explicationem. Non potest tamen ille mihi persuadere hæc omnia esse Triboniani, non Vlpiani; nullam enim causam video, cur Tribonianus locum Vlpiani voluerit corrumpere, vt ineptias istas substitueret; nec induci possum, vt credam adeò ineptum Tribonianum fuisse, vt quęcunq; insulsa, absurda, stulta in libris Iuris nobis videntur, eidem sint tribuenda. Laborandum igitur est, vt videamus, an congrua aliqua interpretatio afferri possit.

4 Ego † sanè longè diuersam à comuni existimatione fuisse Vlpiani sententiam existimo, eoq; contextu voluisse nos Vlpianũ docere arbitror, quibus casibus actio ex Edicto restitueretur, quod ad eiusdẽ institutum pertinebat, non verò & tempus, & operam perdere, indicando id, de quo nullus poterat dubitare, nempè Edictum locum non habere aduersus eos, cum quibus post Capitis deminutionem, actum, contractumuè fuisset.

Ergo ad interpretationem Edicti, cuius verba prius retulerat, monet Vlpianus, quamuis ciuilis obligatio per Capitis deminutionem extinguatur, manere tamen illos naturaliter obligatos, qui contraxerunt ante Capitis deminutionem; vt indè intelligamus aduersus istos ex Edicto ciuilem actionem restitui. Cæterum animaduertendum est requirere Vlpianum ad hoc, vt Edicto locus sit causas precedere. *Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter*. Quid ergo, si causa non pręcesserit, sed fuerit post Capitis deminutionem subsecuta? Quid dicendũ, docet in illis verbis, *Cęterum si postea, &c.* Sed ante omnia ponendum illud est, in vtroq; casũ loqui Vlpianum de his, qui ante Capitis deminutionem cõtraxerunt, & se se obligarunt: aliòqui ad Edictum non pertineret, nec ad institutum Vlpiani casus ille, si quis post Capitis Deminutionem contraxisset. De causa duntaxat Vlpianus inquirit, docetq; multum interesse, an præcesserit Capitis deminutionẽ an fuerit subsecuta. Si enim non solum Contractus, sed & causa præcesserit Capitis deminutionem, is, qui Capite fuit minutus, obligatus naturaliter manebit. Quod si causa fuerit secuta, ex qua fortè obligari non possit ille, qui Capite minutus fuerit, sibi imputare debebit, qui antea contraxerat. Et verò hunc sensũ contextus esse, verba ipsa conuincunt: cum enim dixisset Iuris Consultus eos, qui Capite minuuntur ex causis, quę Capitis deminutionem præcesserant manere obligatos, subdit. *Cæterum si postea imputare sibi debebit, &c.* Illa verba *Cęterum si postea* ex se nihil significant, nec sensum aliquem habent, nisi quatenus suppleantur à præcedentibus; quod si ex præcedentibus supplere ea velimus, cum actum supra sit immediatè de eo casu, quo causę præcesserunt, illa verba *Cęterum si postea* intelligenda, & supplenda erunt, vt è conuerso causę postea fuerint secutę. Igitur si causa postea fuerit secuta *imputare sibi debebit cur contraxerit, quãtum ad verba Edicti pertinet*. Prætor enim suo Edicto pollicitus est restituere actionẽ quę erat ex Capitis deminutione extincta: non ergo ex verbis Edicti plus potuit restituere, quàm peremptum fuerat, nec aliam actionem, nisi eam ipsam, que fuerat per Capitis deminutionẽ perempta;

5 Sed † sic est quod actio ante Capitis deminutionem, causa non secuta, fuerat inutilis, & inefficax *l. 2. §. Circa ff. de doli mali & Met. except.* Ergo inefficax, & inutilis restituetur; nec proderit ei, qui contraxerat causam post Capitis deminutionem impleuisse, nam Edictum ad ea validanda, quę post Capitis deminutionem sunt secuta nõ pertinet, nec legittimam obligationis causam edicti verba efficere possunt, quę aliòqui sit improbata. Itaq; quoties Contractus pręcedit quidem Capitis deminutionem, sed causa postea est secuuta, quantum pertinet ad Edictũ, & ad verba Edicti, sibi imputare debebit, cur contraxerit ille, qui ita ante Capitis deminutionem contraxit, vt causam non impleuerit, sed implere distulerit post Capitis deminutionem; Edictum enim ad causam illam validandam nihil præstabit, vt potè quod non pertinet ad ea, quę gesta sunt post Capitis deminutionem. Igitur, si quis, cum destinasset pecuniam mutuam dare Patri fam. volens tamen eundem ex sti-

pulatione habere obligatum, & numerationem implendæ stipulationis causa postea subsequi, ab eodem Patre fam. fuerit stipulatus tantamdem pecuniam, quantam dare, & numerare decreuerat, (qui quidem Pater fam. ante numerationem capite fuerit minutus, & in alienam familiam transierit)& post capitis deminutionem pecuniam numerauerit. Is ex Edicto Pretoris efficacem actionem non habebit. Ex verbis enim Pretoris intelligimus velle illum eam actionem restituere, quę ex Capitis deminutione perempta est, & id agere duntaxat velle, vt capitis deminutio non obstet: pollicetur enim iudicium *quasi id factum non sit.* Si itaquè aliunde actio infirmetur, quantum ad verba Edicti attinet, quæ mentem Prætoris exprimunt, sibi imputare debebit, cur contraxerit, idest, cur ità ille cōtraxerit, vt post capitis deminutionem,
6 pecuniam numerauerit. Quamuis † enim ex sola stipulatione etiam sine aliqua causa nascatur obligatio, & actio *l. 1. ff. de condict. sine caus. §. Idem Iuris est Inst. Tit.*
7 *de Except.* tamen cum † stipulatio ex negocio contracto pendeat *l. 5. in princ. vers.*
8 *Conuentionales ff. de verb. obligat.* si † causa deficiat, ob quam promissum fuit, exceptione promissor defenditur *d. §. Idem iuris est de except. l. 2. §. Circa ff. de dol. mal. & Met. except.* In proposito autem casu actio, quę ex stipulatione, ante capitis deminutionem orta est, inefficax omnino est, inspecto scilicet ipso Iure Præto-
9 rio, ex † quo exceptiones datæ sunt, ne per occasionem Iuris Ciuilis aliquis cōtra naturalem æquitatem locupletaretur *l. 1. § 1. ff. de dol. mal. & Met. except.* Itaq; si ea actio ex Edicto Prætoris de capite minutis restituatur, ita restituetur, prout est, & ideò inefficax, nisi de iusta causa docea-
10 tur. Et † quamuis post Capitis deminutionem numeratio sit secuta, quæ iusta causa esse solet ad implendam stipulationem *l. 6. §. fin. & l. 7. ff. de Nouat. d. §. idem iu-*
11 *ris est Inst. Tit. de Except.* tamen † cum proponatur numeratio facta eo tempore, quo promissor reperitur in aliena potestate, & filius fam. ea causa, quæ ab initio iusta esse poterat, redigitur ad nullam, & iniustam causam, cum subintret potestas Senatus Consulti Macedoniani, quod quidem Sen. Cons. numerationem illam inualidat, & consequenter ipsā stipulationem antea interpositam, ea ratione, quoniam obligationis substantia eo tempore expleta est, quo filius fam. reperitur, qui antea promiserat *l. contra etiam rectè ff. ad Sen. Cons. Maced.* Quamuis ergo restituat Prætor actionem illam ante Capitis deminutionem ex stipulatione productam, tamen ita restituit, vt cogatur sequi Senatus Consultum Macedo-
12 nianū, eoq; † iubente illam eandem actionem per exceptionem infirmare *l. Item si 7. §. sed Iulianus § idem ait. § si filius §. quamquàm & passim ff. ad Sen Cons. Maced.*
13 vel † etiam ab initio actionem denegare *l. 1. in princ. & §. 1. ff. eod. Tit.* & sic in effectu nec ex Edicto de Capite minutis res-
14 tituere. Planè secùs esset † siquis à filio fam. esset stipulatus, & eidem Patri fam. facto, etiam per capitis deminutionem, credidisset: nam hoc casu actio illa, quæ ab initio inefficax fuerat, ex Pretoris Edicto restituta efficax constitueretur ex causa subsecuta *l. 3. §. fin ff. ad Sen. Cons. Maced.* Et ex his, ni fallor, intelligi potest quid senserit Vlpianus in illis verbis. *Cæterum si postea imputare sibi debebit cur contraxerit quantum ad verba huius Edicti pertinet.* Si enim causa postea fuerit secuta nō semper inutilis erit obligatio, nec semper sibi imputare debebit qui contraxit, sed duntaxat quantum ad verba huius Edicti pertinet, si scilicet ab Edicto auxilium velit ille impetrare, quod causā, quam post capitis deminutionem impleuit Iure Ciuili, vel quauis ratione sit improbata: Neq; enim Edicti verba id patiuntur, & consequenter nec mens, quę ex verbis declaratur, vt supra exposuimus; nam illa verba, *Quantum ad verba Edicti pertinet* ponuntur ad ea determinanda, *imputare sibi debebit cur contraxerit*, vt scilicet ostendat Vlpianus non semper sibi imputare debere qui ità contraxit, & causam post Capitis deminutionem impleuit: sed duntaxat quantum ad verba Edicti pertinet, idest, quantum ad Edictum. Non vt cōstituatur aliqua differentia inter verba, & sententiam, sed vt demonstretur, non semper inutilem esse obligationem, sed (si for-

(si fortè inutilis constituatur, quòd causa post capitis deminutionem ad inducendā obligationem fuerit alioquin improbata) ex Edicto illam non conualidari: & ad id vis omnis verborum tendit. Vt appareat inutiliter ea apposita nō fuisse, inde cesset illa consideratio, ideò verba illa addita esse, vt inter verba, & sententiam Edicti differentia constitueretur.

Sequūtur in contextu ea verba. *Sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio*. Quibus verbis monet Vlpianus interdum ex Edicto illo, aut saltem ex sententia Edicti dandam actionem aduersus eos, qui capite minuti sunt, etiam si de contractu agatur cum his post capitis deminutionem celebrato. Quam quidem monitionē ei suggessit casus in præcedenti versiculo consideratus. Si enim è conuerso causa præcesserit Capitis deminutionem indè post capitis deminutionem, is, qui capite fuit minutus contrahat, & se obliget, valet quidem contractus, & ex eo oritur actio, sed inefficax illa est, & per exceptionem repellenda, quasi sine causa; si modo causam illam non consideremus impletam ante Capitis deminutionem. At quòminus causam hanc cōsideremus ea ipsa ratio obstat, ex qua actio etiam efficax per Capitis deminutionem extinguitur; non potest enim videri in eiusdem persona causa impleta, quę postea se obligauit cū per capitis deminutionem non idem Homo, sed nouus, & alius quidem videri possit, qui capite fuit deminutus. Prætor ergo hoc casu nō restituet quidem actionem, quę post capitis deminutionem producta non perijt, sed ex sententia Edicti illam dabit, nulla addita exceptione; quę tamen exceptio si subtilitatem Iuris Ciuilis inspiceremus, vel (vt melius loquar) si Prætor Iuris Ciuilis figmenta sequeretur, & capite minutum, tanquam nouum hominem consideraret, ab eodē Prætore ex suis Edictis danda esset. Hanc autem exceptionem denegabit secu-
15 tus naturalem æquitatem, ex qua † naturalis etiam obligatio per capitis deminutionem non extinguitur, vt testatur idem Vlpianus in principio huius nostri cōtextus. Et qua ratione actionē ante capitis deminutionē productam post capitis deminutionem restituit, eadem, actionē hanc, quam si sequeretur Ciuiles subtilitates, inefficacē redderet, naturalem potius ęquitatem respiciens, efficacem dabit. Idq; ex hoc Edicto pręstabit, aut saltem ex huius Edicti sententia. Si enim Pretor iuxta Ciuiles regulas ratiocinaretur, vt congru-
16 um videri posset, cum ipse † viua vox sit Iuris Ciuilis *l. nam, & ipsum ff. de Iust. & Iur.* quasi nulla causa adesset, quæ in alterius persona fuit impleta, vel actionem post capitis deminutionem ortam daret, addita exceptione, vel ab initio denegaret. Dabitur ergo actio ex sententia huius Edicti. Et dabitur *interdum* etiam ex contractu inito post capitis deminutionē, videlicet, quia eo tantùm casu dabitur ex sententia huius Edicti, quo causa capitis deminutionem præcesserit, contractus verò postea fuerit subsecutus.

Quoniam verò ita datur hæc actio à Prætore, quasi Capitis deminutio non contigerit, & dubitare fortè quispiam potuisset, quod licet contractus post capitis deminutionem sit celebratus, tamen causa præcesserit capitis deminutionem, & sic substantia obligationis ante Capitis deminutionem impleta fuerit, *iuxta textum in d. l. contra etiam rectè ff. ad Sen. Cons. Maced.* Vndè non eodem modo dari possit actio aduersus eum, qui fortè nunc filius fam. est, prout dari potuisset, si sui iuris mansisset, & Pater fam. prout erat antè capitis deminutionem, vel si postea per capitis deminutionem pater fam. effectus esset. Hanc dubitationem remouens Vlpianus subdit. *Et quidem si arrogatus sit nullus labor, nam perindè obligabitur vt filius fam.* Nempè dabitur actio, quamuis arrogatus sit, qui sui iuris fuerat: dixit enim Vlpianus *si* pro *quamuis*, voluit namquè remouere difficultatem omnem, & sic posuit arrogatum quem esse, in quem difficilius videbatur dari posse actionem. Ea verò ratione in arrogatum actionem dandam dicit, quià perindè obligabitur, vt filius fam. Nempè sicut filius fam. ille qui capite minutus nunquam est, obligatur efficaciter, & conuenitur *l. filius fam. 39 ff. de act. & oblig. l. tam ex contractibus 57. ff. de Iudic.* ita & is obligari, & conueniri

ueniri poterit, qui filius fam. effectus est, & postea contraxit, quamuis causa præcesserit. Comparat ergo Vlpianus arrogatum cum filio fam. nunquã Capite deminuto, igitur à filio fam. illum nõ distinguit, quasi ipse arrogatus filius tam, nõ fit; sed quia ille filius tam est, qui capite minutus est. Et ità arguit Vlpianus si filius fam. qui nunquam fuit capite minutus obligatur, & conuenitur, ergo & obligabitur, & consequenter conueniri poterit etiam arrogatus, quamuis capite fuerit minutus, nam & ipse filius fam. est.

Ad l. non solum 8. §. si cum possem ff. de Noui op. nunciat. Cap. II.

SVMMARIVM.

PRoponitur Decisio, & ratio textus. n 1.

AEdificare in Publico non permittitur, priusquam appareat, quo Iure, quis ędificet. n. 2.

Nuncianti nouum opus ex causa damni infecti, qui in publico facit, debet satisdare, qui in priuato, repromittere. n. 3. ratio redditur. n. 9. & seqq.

Nouum opus faciens in flumine publico, ripanè eius cauere debet, vel satisdare, secundũ persona qualitatem. n. 4.

Imò absolutè satisdare debet. ibidem.

Resoluuntur obiecta. n. 5. & seq.

Nunciandi Ius habet, qui Dominium, vel seruitutem habet n. 6.

Nunciare quilibet de populo potest nouum opus, si in publico fiat n. 7.

Explicatur l. Prętor 20. §. hoc autem interdictum ff. de oper. noui nunc. *n.* 8.

Opus qui facit in publico rem suam non defendit. n. 10.

Locuples non habetur, qui rem alienam defendit. n. 11. qua ratione aliena rei defensor etiam locupletissimus satisdare debet, n. 12.

Diues à satisdatione liberatur. n. 13. & n. 21.

Satisdant illi, qui alieno nomine promittunt, qui proprio repromittunt. n. 14. & 22.

Nouum opus, si nũcietur ei, qui facit in suo extra causam damni infecti, cur satisdare is debeat, cum tamen si ex causa damni infecti nunciatio facta fuerit sufficiat eum repromittere. n. 15.

Nunciatio noui operis fit Iuris conseruandi causa, vel damni depellendi, aut Iuris publici tuendi gratia. n. 16.

Nunciat quis Iuris conseruandi causa, vel ex naturali causa, vel imposititia. n. 17.

Dominus, qui in suo facit, prohiberi Iure non potest. n. 18.

Dominus non tenetur de damno, nisi antea interposita fuerit stipulatio. n. 19.

Explicatur textus in l. vnica ff. de Ripa Mun. *n. 20*

LIcèt clara, & elegans sit huius contextus decisio. Plura tamen occurrunt, quæ huic validissimè aduersantur, quę simul benè congruere non videntur, quorum aliqua, licet non malè explicent Glossæ, & Doctores, & pręcipue Doctissimus Iacobus Cuiac. *ad Paulum lib. 48. ad Edict.* tamèn nullus, quem viderim, rem totam absoluit ità, vt legenti nulla supersit difficultas.

1 Habemus † in hoc contextu, si is, qui iure prohibere posset (idest iure proprio, ad differentiam sequentis casus) tibi nunciauerit nouum opus, non posse te ædificare, nisi satisdederis: quod si nunciauerit tibi, nè contra leges in loco publico facias, promittere te debere. Ratio verò diuersitatis ea redditur, quia hoc casu de eo opere, alieno ille Iure contendit, non suo; & tanquàm alieni Iuris petitor repromissione contentus esse debet.

Decisio quidem verissima est, & optima ratione munita, sed tamen quæ vacillare videri possit, ex his, que repugnare videntur.

2 In primis enim † quamuis opus in publico fiat repromissionẽ nõ sufficere, probat textus. *in l. Prætor ait 20. §. hoc autẽ Interdictum ff. eod. Tit. de noui oper. nunc.* vbi dicitur, & si fuerit repromissum, non tamen permittendum esse in publico ędificare, priusquàm appareat, quo Iure quis
3 ędificet. Quinimò † omnia è conuerso videntur dicenda, nempè, si nouum opus nuncietur in publico satisdandum esse, si verò in priuato, solam repromissionem sufficere, vt de eo respondetur, qui opus nouum vult inhibere, quòd damnũ timeat *l. 1. §. Item ex causa ff. de Pręt. stipul. l. si finita*

nita §. deinde, & seq. ff. de damn. infec. Quòd si verum est, facientem in publico satisdare oportere, cur † is qui in flumine publico ripauè eius facit, cauere duntaxat debet, non satisdare, nisi ei qualitas suæ obsit personæ? *l. Vnica ff. de rip. Muniend.* Maximè cum cótrarium de ædificante in flumine publico, ripauè eius responsum fuerit. *in d. l. si finita §. deinde, & seq. & l. Prętor §. de eo ff. de dam. infect.*

5 Vt † hęc resoluamus repetenda est decisio nostri contextus. Nempè multum interest, iure proprio quis nunciet nouum opus, an iure alieno, & tanquàm vnus de populo; si iure proprio velit quis inhibere, quòd se Dominum asserat eius loci, in quo nouum opus fit, vel sibi dicat seruitutem deberi, contra quam fit, ex † quibus

6 causis Iure proprio nunciatur. *l. vnica §. ius habet ff. de remis.* satisdandum ei est. Ratio autem est, quia de iure proprio cótendit. Si verò nunciet quis nouum opus,

7 nè contra leges fiat in loco publico; quoniam † tanquàm vnus de populo nunciat ad Remp. defendendam. *l. 3. §. fin. l. 4. ff. de nou. oper. nunc.* sufficit, si ædificans repromittat. Ratio autem est, quia iste de eo opere, alieno iure contendit, non suo, iure scilicet Reip. & tanquàm alieni Iuris petitor repromissione cótentus esse debet.

8 Neq; † obstat textus. *in d. l. Pretor 20. §. hoc autem Interdictum ff. de noui. oper. nunc.* in quo videtur responderi, si opus fiat in publico, non sufficere repromissionem, sed necessarium esse prius constare, Ius ædificandi habere illum, cui nouum opus nunciatum est. Nam imò ad hoc, vt qui opus in publico facit, à noui operis nunciatione liberetur, ita vt Interdicto restitutorio non teneatur, de quo *in d. l. Prętor ait 20. in prin.* sola sufficit repromissio, vt respondetur in hoc nostro contextu. At verò Prętor post remissam nunciationem aliud Interdictum proposuit prohibitorium, ad fauorem eius, cuius opus nouum fuerat nunciatum, quo liceat isti experiri, si fortè ędificare prohibeatur, quod tamen ei tantùm concessit, qui satisdedisset, vel per quem non stetisset, quò minùs satisdaret. *d. l. Prętor §. Deinde.* Hoc Interdictum non competit ei, qui cum in loco publico opus nouum faceret, repromisit; & de hoc agitur. *in d. l. Prętor ait §. hoc autem Interdictum.* Aliud remedium est, quod proponitur facienti, vt se ab agente (vt ita dicam), à prohibente liberet; aliud, vt ipse aduersus prohibentem agat, & experiatur. Is, qui facit in publico sola repromissione à prohibente liberatur, sed aduersus prohibentem experiri non potest, prohibitorio Interdicto, nisi præstita satisdatione.

9 Difficilius † est respondere, cur, si ex causa damni infecti opus nouum nuncietur in publico facienti, satisdare ille debeat; is verò, qui in priuato facit, duntaxat repromittat. Ratio tamen hæc est, quia is, qui nunciat in publico opus facięti, ex quo damnũ timet, ad propriam vtilitatẽ nunciat, & nomine proprio contendit, non alieno: ergo hoc casu cessat ratio, quæ habetur in nostro contextu: non enim sola repromissione contentus esse debet hic, qui non alienam, & Reip. causam agit, sed propriam. Imò † is, qui opus

10 in publico facit, cum in suo nõ faciat, nec rem suam defendat, satisdare debet. *l.*

11 *damni infecti 30. ff. de dam. infec.* nam † quamuis aliòqui locupletissimus esset, non tamen locuples habetur, qui rem alienam defendit. *l. qui rem alienam 166. ff. de*

12 *reg. Iur.* qua † ratione alienæ rei defensorem etiam locupletissimũ satisdare oportet. *l. minor 51. in fin. cum ll. seqq. ff. de Procur.* Quando is, qui nunciat de Iure alieno contendit, licet ędificans rem suã non defendat, tamèn nec nuncians suam causam agit, sed alienam. Itaq; in pari quodamodò causã sat esse debet nunciantı, si ei repromittatur. At quando ad vtilitatem propriam quis nunciat, nudam repromissionem Iure meritò recusat ab eo, qui cùm rem non suam defendat, locuples haberi non potest. Hinc intelligere possumus, cur ille cui in suo ædificanti ex causa damni infecti nuncia-

13 tur, repromittat. Nam † is, qui ob rem suam promittit, rem suam defendit. *l. hoc amplius 9. in prin. ff. de dam inf.* Itaq; locuples est, & ideo satisdare non debet. *l.*

14 *pen. in prin. ff. qui satisd. cog. l. 1. ff. de Cust. reor.* Hi enim † qui alieno nomine promittunt satisdant, qui proprio repro-

promittunt. *l. 1. §. stipulatio itaq. ff. de Praet. stipul.*

15 Sed validior † insurgit dubitatio. Quamuis enim hac ratione, quia propriam causam, & rem suam defendit, qui in suo ędificat, videri possit idoneus defensor, & locuples ad differentiam eius, qui in publico nouum opus facit, vt ideò sufficiat repromittere. Tamen hac eadem ratione sufficeret repromittere eum, qui in suo ædificat, quacunq; ex causa nunciatio ei fieret, & tamen habemus in nostro contextu satisdare eum oportere, nec repromissionem sufficere: nempè, quia nuncians de iure suo contendit. At, & de iure suo contendit qui ex causa damni infecti nunciat: qua ratione is, qui in publico ædificat satisdare ei debet; cum aliòqui quando quis nunciat Iure publico, & alieno, sufficiat in publico facientem repromittere hoc nostro eodem textu. Verùm pro resolutione difficultatis, ani-
16 maduertendum est † eum qui nunciat nouum opus nunciare, vel Iuris sui conseruandi causa, vel damni depellendi, vel Iuris publici tuendi gratia. *l. 1. §. nunciatio. ff. de noui op. nunc.* Distinguitur is, qui nunciat Iuris sui conseruandi causa ab eo, qui nunciat causa damni depellendi, quia scilicet iste nullum ius habet, quod velit
17 conseruare. Is verò † qui conseruandi Iuris causa nunciat, vel nunciat ex causa naturali, vel impositítia, idest, vel quia contendit in suo fieri, vel quia contendit fieri aduersus seruitutem sibi debitam. *l. de pupillo 5. §. & bellè Sextus Pedius ff. de noui oper. nunc.* Vtroq; casu contendit ius suum conseruare, quia vel naturalem libertatem sui prædij defendere vult, vel seruitutem sibi debitam. è contra verò is, cui nouum opus nunciatum est in re dubia, & nondum decisa vult nouum opus facere, & in eo faciendo perseuerare. Non itaq; permittendum ei est, vt sola repromissione fortè contra Ius nunciantis faciat, & sibi, tanquam certum, arroget, quod est controuersum; maximè si faciat in nostro: nec enim idoneus defensor est, qui non rem suam defendit, sed alienam occupat. Optima igitur ratione grauatur is onere satisdandi. Hęc ratio cessat in illo, qui ex causa damni infecti in suo facienti nunciat. Iste nanq; nullū Ius in re, in qua ędificatur sibi asserit: imò cōstat Iure suo ędificare eum, qui opus nouum facit, duntaxat ex eo opere nuncians in re sua damnum timet, quod quidem incertum est, an sit futurum. Nullum ergo Ius habet nunciandi, si Iuris subtilitatem inspiciamus; sola Pretoris æquitas ei succurrit.

18 Ipso Iure † Dominus qui facit in suo prohiberi non potest. *l. pen. §. 1. ff. de acq. poss. Iuncta l. Iniuriam § si quis me ff. de iniurijs l. sicuti §. Arist. in fin. & §. seq. ff. si seruit. vind. l. 3. §. hoc interdictum ff. vti poss.* Is ergo, qui ex causa damni infecti nouum opus nunciat, non id agit, vt Ius suum conseruet, sed vt alienum minuat, & tollat, eo pretextu, quod damnū timeat, quod incertum etiā est, an sit fu-
19 turum: & ad † quod ipso Iure nō interposita stipulatione, Dominus operis non teneretur. *l. euenit ff. de dam. inf.* Itaq; sufficere ei debet si Dominus repromittat, qui rem suam defendens idoneus defensor, & locuples habetur. Diuersa omnia sunt in eo, qui ex causa damni infecti nunciat opus in publico facienti ad hoc, vt damnum, quod timet depellat. Hic ad priuatam, & propriam nunciat vtilitatem Ius aduersarii non minuit, qui nullo Iure in publico ædificat, aut qui, quamuis à Principe licentiam ędificandi impetrasset, saltem in suo non ædificat, imò nec licentiam habere intelligitur, cum alterius incommodo, & damno ędificandi. *l. 2. §. si quis à Principe ff. Ne quid in loco publ.* Accedit hunc, tanquàm rei alienæ defensorem, idoneum non esse. Præualet ergo causa nunciantis, qui si cum eo, cui nunciatum est, comparetur longè plus Iuris habet; Iste enim nuncians de damno certat vitando. Is, cui nunciatum est, alienum, & publicum occupare, lucrum captare conatur. Cum igitur ęquum sit nuncianti caueri, & is, cui nunciatum est, tanquam rei alienæ defensor, idoneus, & locuples non sit, non mirum si satisdare debeat.

20 Tandem † non repugnat dictis textus. *in l. Vnica ff. de ripa mun.* vbi opus faciens in flumine publico, ripa vè eius, duntaxat repromittit, & cauet, nō satisdat, nisi ei qualitas suę personę obstet, quamuis nun-

nunciatum illi fuerit nouum opus, ex causa damni infecti, vel alio quocunq; modo ex eadem causa, opus facere prohibeatur. Nam respondeo illud Interdictum à Prętore inductum propter maximam vtilitatem, quia ripas reficere, & munire vtilissimum est, ad fluminis impetum repellẽdum, & agrorum inundationes prohibendas. *d. l. Vnica §. 1. ff. de rip. Mun.* Itaq; obseruandum est, vtrùm nouum opus faciat quis in flumine publico, ripauè eius, vt ex opere ipso emolumentum, & vtilitatem sentiat, ita vt ad faciendum moueatur propter opus ipsum, & hoc casu si nuncietur ei nouum opus debet satisdare. *d. l. Prætor §. de eo l. si finita §. deinde ff. de dam. inf.* & ratio supra allata est. An verò faciat quis opus ad ripam muniendam, & sic opus non faciat propter opus ipsum, sed propter aliud, videlicet propter ripam, ad ipsam muniendam; Et hoc casu, quia fauorabile istud opus est, propter vtilitatem operis eximitur ab onere satisdandi. Quod confirmatur, quoniam interdictum de ripa munienda propositum est ad exemplum Interdicti de via publica reficienda, quòd scilicet eadem sit in vtroq; vtilitas. *d. l. Vnica §. 1. ff. de rip. Mun.* ergo idem obseruandum in ripa munienda, quod in via obseruatur. Si quis in via publica faciat, quoniam facit in alieno, debet satisdare. Si tamen viam reficiat, vel quid aliud ad viam muniendam faciat, debet duntaxat cauere. *l. si finita §. si quid in via, cum §. seq. ff. de dam. inf.* ergo idem dicendum de opere, quod fit in flumine publico, ripauè eius, si fiat ad ripam ipsã munĩdam: cautio enim sufficiet, vel satisdatio exigetur, secundum qualitatem personarum, vt dicitur *in d. l. vnica §. is autem ff. de ripa mun.* Nempè in diuite cautio admittetur in eo, qui soluendo
21 vix est, satisdatio exigetur. Diues † enim & facultatibus abundans ab onere satisdandi liberatur. *§. sed hodie Inst. Tit. de satisdat. l. 1. ff. de custod. reor. cum simil.* Si cauere permitteretur ei, qui soluendo nõ esset, iniuria fieret illi, qui sibi consulere intendit, damnumq; auertere, quod timet. Propter vtilitatem operis permissum est facienti cauere, cùm aliòqui etiam si locupletissimus esset, tanquàm rei alienæ defensor, satisdare deberet; vt supra dictum est. Non tamen ideo intelligendum id est in detrimentum, & iniuriam nunciantis: nam si inops fuerit, qui facit, vt parùm, vel nihil cautionis sit in ipsius promissione, satisdatio exigetur. Cauere igitur debebit, vel satisdare opus nouum faciens, secundum qualitatem per-
22 sonæ. Aliqui † dicunt, prout scilicet, vel proprio nomine facit, vel nomine alieno, idest, tanquam Procurator. *ex l. 7. in princ. ff. de dam. inf. l. 1. §. stipulatio ff. de Præt. stipul.* Poterit fortè & ratio huius qualitatis haberi, licèt semper alienum ius defendat, qui in publico facit.

Ad l. Qui filiabus 17. ff. fin. & l. seq. l. filio 87. & ll. seqq. ff. de leg. 1. Cap. III.

SVMMARIVM.

HAEredi pro parte instituto licèt inutiliter à seipso legetur, si tamen hereditatem repudiet legatum conualescit. num. 1.

Quod initio non valet tractu temporis non conualescit. n. 2.

Legati dies, si inutiliter cedat, perpetuò legatum inutile est, licèt in eum casum res perueniat, vt posset dies eius vtiliter cedere. num 3.

Refertur, & refellitur ad dictos textus Interpretatio Cuiacij. n. 4.

Ratio redditur, cur inutile sit legatum ab initio hæredi relictum pro ea parte, ex qua est institutus. n. 5.

Refertur, & reprobatur alia comunis Doctorum interpretatio. n. 6.

Refertur Baldi, & sequacium expositio. n. 7.

Legati conditionalis dies cedit existente conditione. n. 8.

Regula Catoniana non habet locum in conditionalibus. n. 9.

Reprobatur Baldi expositio. n. 10.

Conditio tacita non impedit cessionem, & transmissionem legati ad heredes n. 11. & quomodo id intelligendum. n. 12.

Si legetur hæredi ex parte instituto, & extraneo

B quod

1 NON Adeo † facile est, vt prima facie videri potest, rationem reddere, cur si legatum sit herędi ex parte instituto, qui hæreditatem repudiet, possit nihilominus hic idem legatum petere, & quidem non solùm pro parte cohæredum, verùm etiam, & pro illa ipsa parte, ex qua fuerat hæres institutus, & quam ipse repudiauit; licèt pro eadem parte legatum consistere non potuerit; imò tanquàm hæredi à se ipso relictum, fuerit inutile, vt dicitur *in d. l. qui filiabus* 17. § *fin. & seq. & d. l. filio cum ll. seqq. ff. de leg.* 1.

2 Difficultatem † enim facere videtur illa Iuris regula, qua dicitur, quod initio non valet tractu temporis non conualescere. Si enim ab initio inutiliter testator hæredi à semetipso legat, nulla ratione fieri posse videtur, vt legatum ex post facto, ex repudiatione hęreditatis conualescat. *l. quod initio* 29. *ff. de reg. iur.* Cui regulę similis est Catoniana. *l.* 1. *& tot Tit. ff. de reg. Cat.*

3 Addi † potest, inutiliter diem legati cedere pro ea parte, qua legatarius hęres scriptus

ſcriptus eſt. Indè perpetuò inutile futurum conſequens eſſe, quamuis res in eum caſum perueniat, à quo incipere poſſet, & ſic quamuis repudiata poſtea hęreditate apparere incipiat, non amplius à ſe ipſo legatum accipere. *l. qui filio 38. §. qui ſeruum & §. §. ſeqq. ff. de hered. inſt.*

4 Nec † ſatis tutum eſſet reſpondere legatum vtiliter cedere in perſona hęredis, ea ratione, quia fieri poteſt, vt hęres non exiſtat, qua eadem ratione valet legatum Domino datum, ſeruo eius hęrede inſtituto; quia ſcilicet legatum ab hæreditate eſt ſeparatum, cùm fieri poſſit, vt ante aditam hęreditatem, ſeruus, vel manumittatur, vel alienetur, & ſic, vel ſibi, vel nouo Domino, acquirat hæreditatem, quibus caſibus vtile eſt legatum. *§. ex diuerſo Inſtit. Tit. de leg* Cui quidem interpretationi accedere videtur doctiſſimus Iacobus Cuiac *ad Papin lib. Queſt. 18. in l. filio 87. ff. de leg. 1.* Dum eam rationem reddit, cur hæres, qui partem hęreditatis ſibi datam repudiat, totum legatum conſequatur, non obſtante regula Catoniana, quia ſcilicèt, cum idem non inueniatur hæres, & legatarius, ſed legatarius tantùm, omiſſa iam hæreditate, legatum ab initio conſtitiſſe intelligitur. Nam refellitur hęc reſponſio, quia ſi vera eſſet, non poſſet abſolutè dici, legatum hęredi à ſemetipſo inutiliter datum, vt dicitur. *in l. planè §. ſi duobus, & in l. & quidem 18 ff. de leg 1.* Sed, vel imò ab initio vtile eſſet, vitiaretur verò, ſi hęres inſtitutus hęreditatē adiret, vel ſaltem eſſet in pendenti, & ex poſt facto appareret, an vtile antea fuiſſet, nec ne. Pręterea ſi legatum hęredi ex parte inſtituto, ab initio etiam pro ea parte, qua legatarius hæres inſtitutus eſſet, ab hæreditate ſepararetur, & deferretur hęredi; Si ipſe ante quàm adiret hęreditatem decederet, legatum ſibi delatum, & ab hæreditate ſeparatum, ad hęredes ſuos tranſmitteret totum, non ad ſubſtitutum pro ea parte, ex qua fuerat inſtitutus. Contrarium tamen reſpondetur. *in l. miles §. 1. ff. de leg 2.*

5 Et † verò cum ex hęredum inſtitutione Teſtamentum valeat, & ex eorum aditione in teſtamento diſpoſita, ſuſtineantur *l. 1. §. qui neq. ff. de hered. inſt. §. ante haredis Inſtit. Tit de leg l ſi nemo ff de reg. Iur.* & precipuè legata, quæ ab hęrede dicuntur preſtanda *§ t. Inſt de leg.* Quis poterit intelligere, legatum hæredi datum, in caſum, quo ipſe hæres non extiterit? ſi enim ad id, quod poſſet contingere reſpiciendum eſſet, cùm fieri poſſet, etiam cohęredes legatario datos, hæreditatem repudiare, nec ex perſona quidem eorum legatum cohęredi deberi poſſet. Ergo cum legata ab hæredibus relinquantur *l. ſi fundum 18. §. ſi libertus ff. de leg 1. l quidam 14. ff. de Iur. Codicill.* neceſſe eſt ab initio inutiliter legatum à ſemetipſo hęredi datum pro ea parte, ex qua fuit inſtitutus; indè non poſſe ab initio, pro ea parte eius legati vtiliter dies cedere. Qua enim ratione fieri non poteſt, legatum hęredi à ſemetipſo deberi & ex portione heredi data, rem legatam delibari, & ſeparari, vt eidem hęredi detur; eadem, abſurdum eſt, moriente teſtatore, legem rem legatam, quaſi ab ea portione hęreditatis ſeparatam, hæredi iure legati deferre, quam iure hęreditario conſequi poteſt. Abſurdius verò eſſet, ſi eandem, & iure hæreditario ſimul, & iure legati, legem diceremus deferre.

6 Communis itaq; † reſponſio eſt; ideò legatum deberi hęredi, ſuam heręditatis portionem repudianti, quia portio illa repudiata ad cohæredes tranſit cum ſuo onere. Sed, & Doctores ipſi vident hanc reſponſionem non ſubſiſtere, cùm portioni illi repudiatę, nullum onus fuerit impoſitum, aut ſaltèm inutiliter impoſitum fuerit. Et quamuis Baldus. *in d. l. qui filiabus 17 §. fin.* reſpondeat portionem repudiatam non habere onus actu, ſed aptitudine, tamen hoc opus, hic labor eſt, explicare, qua ratione, onus illud, delata ad cohæredes portione repudiata, naſcatur. Præterea, negocium fortè Doctoribus facere poſſet, quod ſentit Iulianus, portionem cum onere non accreſcere *l. ſi Titio §. 1. ff. de leg. 2.* & tamen ipſe idem Iulianus *in l. Et quidem 18. ff. de leg 1* totum legatum hæredi, ſi hęreditatem repudiauerit, deberi aſſerit.

7 Tandem † Doctores noſtri poſt Bal-

dum *in d l. qui filiabus §. fin. ff. de l. 1.* dicunt, testatorem, dum legat hæredi ex parte instituto, pro ea parte, ex qua institutus est videri legare sub conditione,
8 si hæreditatem non adierit. Itaq; † cum legati conditionalis dies cedat existente demùm conditione. *l. 5. § sed si sub conditione. ff. quand. dies leg. ced.* onus legati incipiet in persona cohæredis, cui portio repudiata accrescit. Et hac ratione cũ legatum sit conditionale, asserunt cessare
9 regulam Catonianam, quæ † in conditionalibus locum non habet *l. 3. & 4. ff. de*
10 *reg. Cat* Verum † hęc Doctorum expositio reijcitur. Primò, quia si legatum pro parte, ex qua hæres est institutus, esset conditionale, non diceretur inutile esse, prout dicitur *in d l. Et quidem 18. & l. Planè § si duobus ff. de leg. 1.* esset enim expectandus conditionis euentus. Secundo si legatum pro ea parte esset conditiona-
11 le, conditio † illa tacita non impediret legati cessionem, & transmissionem ad hæredes legatarii *l. 5. ff. de leg. 1. l. cum illud, aut illud § fin. ff. quan. dies leg. ced. ideoq. in l Miles § 1. ff. de leg. 2* legatarius, idemq; hæres ex parte institutus, legatum pro ea parte, ex qua fuerat institutus, transmitteret ad hęredes suos, si antequàm adiret, decederet, non autem ad substitutum. Nec vires huius argumenti effugere possunt Doctores inter quos Iason *in d. l. qui filiabus § fin. num. 3.*
12 dum † respondent tacitam quidem conditionem, quæ venit extrinsecus non impedire transmissionem *l. conditiones extrinsecus ff. de cond. & dem.* At tacita conditio, de qua agitur, ex voluntate testatoris venit, ideò vim conditionis habet. Nam imò nõ ex voluntate testatoris hęc conditio, quam Doctores effingunt, tacitè adijcitur, sed extrinsecus venit, idest, ex ipsius rei natura: repugnat enim legatum hæredi deberi à semetipso, quæ repugnantia cessat, illo hærede non existente: legatum igitur ei relictum, tunc valere potest, si ipse hæres non extiterit; & quidem rei ipsius natura, non quia id velit testator, nã & si testator expressè velit legatum pręstari sub ea conditione, quæ alioqũ tacitè inest, & qua non impleta, legatum deberi non potest, non tamen legatum facit conditionale. *d. l. 5. ff. de leg. 1.* ergò multo minus si id velit tacitè, quod omninò tacitè velle, & ex rei necessitate cogitur.

13 Tertio † reprobatur comunis hæc sententia. *ex l legatum 116. § 1. ff. de leg 1.* vbi ex eo, quòd hæredi à semetipso inutiliter legatur; infertur, si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia institutus est, & duobus extraneis, hęredem, sextam dumtaxat fundi partem consequi. Ratio est, quia pro suo semisse ipse legati incapax est, collegatarij verò capere possunt; ergò semissem totum fundi accipiunt ab hærede collegatario; in alio vero semisse, in quo institutus est cohęres legatarij, tres concurrunt, duo scilicet extranei, & ipse hęres, idemq; legatarius. Ergo concursu tres partes fiunt, & tertiam partem semissis accipit ipse hęres, quæ est sexta totius fundi. Considero partes istas faciendas eo tempore, quo dies legati cedere solet, idest à die mortis testatoris. *l. 5. §. 1. ff quando dies l. g. ced.* vel ex lege Papia à die apertarum tabularum. *l. vnica §. cum igitur C. de cad. coll.* quo tempore isti legatarij concurrunt, vt concurrere dicuntur. *in d. l legatum §. 1.* At eo tempore, hæres institutus consequitur dumtaxat sextam partem fundi, pro reliquis partibus, cedit dies ad fauorem collegatariorum, ergo l. gatum pro parte illa, ex qua heres est institutus, qui legatum etiam accepit, non est conditio-
14 nale: alioquìn † pro ea parte non cederet dies ad fauorem extraneorum, vt probatur *ex l. si domino Stichus 99. l. Planè §. si coniunctim. Vers. sed si in pupillari ff. de leg. 1.* Similiter non statim atq; legatur hæredi, & extraneo, pro ea parte, ex qua ab hærede inutiliter legatum est, legatum diceretur ad collegatarium pertinere. *l Planè §. si duob ff de leg. 1.* Sed si conditionale legatum esset, expectandus exitus esset conditionis: interim legatum illud conditionale nulli deferretur. Et duobus institutis hęredibus, altero ex vncia, altero ex vndecim vncijs, non statim deberentur ei, qui ex vncia institutus est, vndecim vnciæ fundi legati, sed imò expectandus esset euentus, & potius

dicen-

dicendum solo herede existente illo, qui ex vncia fuerat institutus, totum legatum deberi ei, qui fuerat institutus ex vndecim vnciis. Et tamen statim fundo istis cohęredibus legato, respondetur, quæ pars cuiq; legata intelligatur, & quam partem in fundo legato, eorum quisq; habiturus sit. *d. l. Plane §. si duobus Vers. inde dicitur ff. de leg. 1.*

15 Ego † igitur existimo in casu proposito legatum, quod ab hęrede relinquitur *d. l. si fundum §. si libertus ff de leg 1. & l. quidam 14 ff. de Iure cod.* ab initio inutile esse: quod nunquàm posset conualescere, nisi lex rursus operaretur, & hęrede nō existente illo, cui legatum datum erat, eandem portionem rursus cohęredi deferret. Sicuti enim eo tempore, quo lex non operatur, validus actus manet, qui alioquì esset inualidandus: ità cùm lex operatur, actus resurgit, qui alioquì perpetuo inualidus fuisset.

16 In † hęredum institutione media tempora non nocent. *l. si alienum § fin. ff de hęred. instit.* prout nec etiam in legato *l. eum qui 1 4. ff. de cond. & dem.* Itàq; si hęres institutus, post quàm institutus est, fuerit deportatus; si fuerit ante mortem testatoris restitutus, hæres erit, nec inualidabitur ex ipsius capitis deminutione institutio. Sic si legatarius, post apertas tabulas, deportetur, & restituatur, non amittit legatum, quod datum ei fuerat sub conditione, quæ extitit, post quam fuit restitutus. Ratio est, quia lex operatur, dum hæres quis instituitur; capax enim est instituendus, alioquì robur accipere non potest institutio: operatur lex tempore mortis testatoris, quo tempore, hæreditas deferenda est, vel legatum: itàq. hoc etiam tempore capax esse debet hæres, vel legatarius. Medio tempore lex non operatur, ergo quod semel validauit, non inualidat, licet capitis accidat deminutio. Vnde etiamsi legatarius, post testatoris mortem esset deportatus, tamen legatum sub conditione ei datum non infirmaretur, si tempore existentis conditionis esset restitutus, vt intelligitur *ex d. l. Eum qui ff de cond. & dem.* Non alia ratio est, nisi quia, cum legati conditionalis dies tempore mortis non cedat, nec tempore quidem apertarum tabularum ex lege Papia, ad quam respicit Iuris Consultus, *in d. l. eum qui*, sed expectanda conditio sit. Interim lex non operatur quidquàm circa illud legatum, ideo legatum semel validum non inualidatur.
17 Et hæc † ipsa ratio est, cur medio tempore, capite minuto eo, qui hæres institutus est, institutio non vitietur: vitietur autem, si medio tempore testator ipse capite minuatur, licèt medio tempore fuerit suo iuri restitutus *§. alio autem modo iuncto §. non tamen Inst. Tit. Quib. mod. Test. inf. l. si quis filio § irritum. ff. de iniust. rupt.* Nempè quia, si testator capite minuatur, lex de numero Ciuium illum delet, vel de patre fam. filium fam. facit, & consequenter omnes actus inualidat, quorum vel tanquàm peregrinus, vel tanquam filius fam. incapax est. Itaq; Testamentum ipsius corruere necesse est, cum lex non permittat filios fam vel eos, qui Ciues non sunt, testamentum habere: Denique lex operatur circa ipsius personam, & ad eam pertinentia, vel quę ab ea dependent. At si minuatur capite, qui fuerat hęres institutus, lex circa illum quidem operatur, & ad eum pertinentia: Nō tamen inualidat institutionem in ipsius persona factā, quia illa interim ipsi nullum ius tribuit, & ipsius actus non est, sed illius, qui testamentum fecit: Circa institutionem ab altero factam, interim nihil operatur, ergo non mirùm, si illa non inualidetur, etiam eo capite minuto, qui hæres fuit institutus. E conuersò, si lex operetur, & pluries operetur, quę semel inutilia sunt constituta, si cesset impedimentū, & ratio inualiditatis, roborat, &
18 confirmat. Itaq; † si in singulos annos vsusfructus, vel quę summa sit relicta, quia pluries, & in principio cuiusq; anni lex operatur, & legatum defert; quod legatum vno, aut pluribus annis, inutile fuit, incapace existente legatario, sequētibus annis validum efficitur, dum ipse est restitutus, & ratio inualiditatis cessat. *l. 1 in princ. ff. quando dies vsusfr. leg ced l. 1 §. 2. ff. quib. mod. Vsusfr. am. l. cum in annos 11. ff. de ann. leg.*

19 Hac † ratione, licèt, si dies legati seruo datis, cedat eo tempore, quo seruus adhuc

adhuc est, nihil ei profit, quod postea liber fiat, nam legatum apud Dominum manet. *l. si post diem. §. fin. ff. quando dies leg. ced.* tamen si legatum sit annuum, quia lex pluries operatur, & in principio cuiusq; anni. Si ille, qui seruus vno, vel pluribus annis fuit, & legatum idcircò Domino quæsiuit, postea liber fit effectus, legatum post libertatem acquisitam sibi adquirit. *l. nec semel §. inde Iulianus*
20 *ff. quand. dies. leg. ced.* Hac † ratione, quos lex in prima delatione nõ agnouit, si rursus operetur, & cesset ratio illa, quę in prima delatione vigebat, ad hæreditatem admittit. *l. si quis filio, in princ. & §. 1. ff. de iniust. rupt. l. scripto ff. Vnde lib. l. filium quem ff. de bon. poss. cont. Tab.*

Sic itaq; in casu nostro, si testator hæredi ex parte instituto det legatum, nõ potest lex, moriente testatore pro ea parte, qua ille hæres institutus est, eidem legatum deferre; sed cum non possit hęres sibi ipsi legatum debere pro ea parte, legatum nullum, & inualidum constituit. Cęterum si iste idem hęres, quacumq; ex causa non existat, cum oporteat rursus legem operari, & portionem vacantem alteri portioni iungere, & cohęredi iure accrescendi deferre: in hac secunda delatione legatum, quod inutile constituerat, validat, & confirmat; quod quidem
21 ita fit. In † testamentarijs successionibus lex voluntatem testatoris subsequitur. *l. verbis legis. ff. de verbor. sig.* Ipsa quidem, etiam testamentarias hęreditates, & alias dispositiones desert, & confirmat. *l. lege obuenire. ff. de verb. sig.* sed quantum potest seruat semper testantium voluntates, quæ pro lege esse debent. *§ disponat Auth. de Nupt.* Moriente testatore, qui hęredi pro parte instituto legauit, non potest lex pro ea parte, ex qua ille hæres est institutus legatum deferre eidem, & hæreditatem. Itaq; cum plenior sit hæreditatis causa, hæreditatem solam defert, legatum inualidat. At quando apparet hæredem illum existere non posse, cui fuerat etiam legatum, cum lex portionẽ hęreditatis illi datam denuò debeat deferre: in noua ista delatione rursus respicit ad testatoris voluntatẽ, & cum testator voluerit illi hęredi ex parte instituto, legatum deberi, & quidem totum, quæ voluntas semper manet, licèt ab initio inutilis fuerit iudicata, & effecta: cessante iam causa, cur ea executioni demandari non possit, quia iste hęres amplius existere non potest, & loco extranei est: occasione nouæ huius delationis, legatum etiam pro portione ista, quam iure accrescendi defert cohæredi, legatario illi datum, qui fuerat ex parte institutus, conualidat, & confirmat: & ita onus, quod inutiliter ab initio portioni illi fuerat impositum, nunc rursus operante lege conualescit. Obseruandum
22 enim † est, testatorem, licèt inutiliter ab hęrede eidem legauerit, tamen voluisse etiam ab ea portione, quam ei dedit, eidem legatum præstari, vt elegans est textus in. *l. Eum qui § fin. ff. de his quib. vt indig.* Ratio Iuris ab initio repugnauit, & legatum inutile constituit, sed tamen voluntas eadem testatoris mansit, quæ cùm denuò, operante lege, possit executioni mandari, cessante illa ratione, quę ab initio legatum, pro ea parte vitiauit, omnino attenditur, & obseruatur, lege legatum nunc deferente.
23 Ratio † legis non potuit tollere voluntatem testatoris, vt probatur *ex d. §. fin.* & confirmari potest *ex l. si peculium 6. §. 1. ff. d. pecul leg.* vbi dicitur testatorem inutiliter legare peculium, non deducto ære alieno, quia id contra Naturam peculij est, quod fuit legatum. Cęterum si legatarius possessionem rerum peculiarium nactus fuerit ex voluntate testatoris, quæ adhuc viget, hæredem vindicantem doli exceptione repellit; habet enim in solidis rebus voluntatem ęris alieni non deducendi, vt ibi inquit Iuris Cõsultus; Si ergo voluntas testatoris semper manet, eaq; seruari, & attendi debet & à lege executioni mandari: cum nunc quo tempore lex defert vacantem hanc portionem executionem voluntas testatoris possit accipere, legatum pro eadem portione, hæredi, qui ex parte fuerat institutus, deferri debet, eiusq; dies legis
24 auctoritate cedere. Sicuti † contingit in simili. *in l. filium quem ff. de bon. poss cont. Tab.* Si Pater filium in potestate constitutum exhęredauerit, emancipatum præte-

præterierit, & extraneos hęredes instituerit; à quibus legata dederit; sine dubio, extraneis repudiantibus hęreditatem, legata iure ciuili corruunt, & inutilia constituuntur, *l. si nemo ff. de Test. Tutel. l. si nemo ff. de reg. Iur.* Sed tamen, quia Prętor filio emancipato defert bonorũ possessionem contra tabulas, qua data vult eos, qui bonorum possessionem accipiunt, legata quibusdam personis pręstare: occasione huius bonorum possessionis, quam Prętor emancipato concedit, legata etiam prestanda sunt, licèt intestatus pater decesserit, *d. l. filium quem ff. de bon. poss. cont. Tab.* Sępè enim propter alium consequimur, quod ex nobis habere non possumus *l. si post mortem §. 1. & §. fin. cum simil. ff. de bon. poss. cont. Tab.* Hoc idem contingit in casu proposito. Ex eo, quia lex portionem vacantem cohęredi defert, legatum, quod semel inutile, semper inutile esset, lege operante conualescit, quia occasione deferendę eius portionis, debuit lex respicere ad voluntatem testatoris, eamq; seruare; voluntas autem ea est, vt legatum ex parte instituto pręstetur; quę quidem voluntas hodie seruari potest, & debet. Siue ergo per vindicationem, siue per damnationem illi hęredi ex parte instituto legatũ
25 fuerit (prout † etiam hęredi legari potest *l. 1. §. Si quis mortis Vers. qui verò ff. quod legat.*) legatum etiam pro ea portione, ex qua fuerat institutus eidem debetur. Li-
26 cèt † enim tempore Iuliani portio sine onere accresceret, vt supra dicebamus *ex l. Titio § 1. ff. de leg. 2.* (quod tamen nõ ità indistinctè accipiendũ est, qua de re forsitan infra) tamen si absolutè, & nullo hęrede nominato, testator legasset, ab omnibus ita legasse videbatur, vt quicũq. hęres existeret, legatũ deberet: tũc enim portio sine onere accrescebat, quandò nominatim ab vno legatũ datũ erat, secùs si nullo nominato, vel omnibus nominatis; his enim casibus, portio cum onere accrescebat, vt constat *ex l. quæsitum §. duobus l. ciuitatibus §. 1. ff. de leg. 1.* nam prima lex Iuliani est; in altera refertur Sabini sententia, qui ante Iulianum fuit.
27 Quod † idem in libertate directa contingebat; quę & ipsa, licèt ab hęredibus relinquatur *l. in generali 80. ff. de Verb. sig.*
28 *vbi Cuiacius* tamen † statim vno etiam adeunte competit *l. si legato § fin. l. Testamento manumissus ff. de man. test.* cuius rei, etiam ratio perspicua est. Sed de his aliàs. Cum igitur ex voluntate Testatoris etiã ei portioni, quam dedit hæredi, ei demq. legatario, onus legatum dandi sit impositum, licèt ab initio consistere non potuerit, tamen cessante impedimento, cum portio illa vacans cohęredi defertur, redit, & conualescit, & vna cum portione, onus etiam suum cohæredi deferendum est. Quod non minus locum habet in legato per damnationem, vt dicebã, quàm
29 in legato per vindicationem. Nam † & si pecuniam hæredes vni ex hæredibus dare fuerint damnati, ab initio pro parte, ex qua legatarius hæres est, legatum non consistit, *l. ab omnibus §. si Atio ff. de leg. 1.* nihil tamen vetat, eo repudiante hæreditatem, conualescere. Quod si fundus hæreditarius ab vno ex hęredibus cohæredi legatus esset, totus fundus deberetur ab eo, qui grauatus fuit, *l. ab omnibus l. si tibi §. 1. ff. de leg. 1. l. Mænius §. eum qui ff. de leg. 2.* nisi illud obstaret, quod duæ causæ lucratiuæ non possint circa eãdem rem concurrere, *§. Si res aliena Inst. Tit. de leg.* At fundus idem, pro parte, ex qua hæres legatarius est institutus ex causa lucratiua defertur; Ergo, si iste legatarius repudiauerit portionem hæreditatis sibi datam, nihil oberit, quò minus totum legatum capere possit, maximè argumẽto, *l. non quocunq. in prin. & §. 1. ff. de leg. 1.*
30 Planè † animaduertendũ est, quod diximus; hęrede ex parte instituto, hæreditatem repudiante, etiam pro ea parte legati eidem dati, diem cedere; ità demum verum esse, si res integra sit, & pars illa rei legatæ, alteri data non sit: hoc enim casu, voluntate Testatoris vrgente, lex dùm portionem illam vacantem, cohæredi Iure accrescendi defert, simul, & legatum dat hæredi, qui portionem illam repudiauit. At si iuris necessitate portio illa, quę potuisset hæredi deberi, nisi hęres fuisset institutus, alteri data sit, quod ille esset institutus, vt contingit, *in l. legatum 116. & l. Planè §. si duobus, & seq. ff. de leg. 1.* ea non amplius restituitur hæredi,

redi, licèt portionem hæreditatis repudiet; lex enim hoc casu voluntatem defuncti seruare non potest, cum Iuris necessitate, & voluntate etiam testatoris concurrente, alteri eam portionem dare fuerit coacta.

31 Huic † verò nostræ interpretationi nõ obstabunt, quę ab initio obijciebantur. Nam quòd attinet ad regulam illam, qua dicitur, ea quę ab initio non valent, non posse tractu tẽporis conualescere; *l. quod initio 29. ff. de reg. Iur.* Ita demum regula illa vera est, nisi postea causa efficax superueniat, ex qua quod initio non valuit, possit nunc valere incipere. Vnde si matrimonium contra mandata contractum sit, & ideò illicitum fuerit, tamen deposito officio, conualescit, *l. eos qui §. 1. ff. de rit. nupt. l. Et si contra C. de nupt.* nempè quia cessante iam impedimento ex noua voluntate, quæ semper durat, matrimonium valet. Sic, si quis ante militiam, inutiliter testamentum fecerit, & miles factus, & in expeditione degens, aliquid ei addiderit, vel detraxerit, Testamentum conualescit; *§. sedet si quis. Inst. Tit. de mil. test.* quia iam nuda voluntate testari potest. Ità etiã legata inutiliter data, per repetitionem confirmantur, quasi nunc dentur. *l. legata 29. ff. de leg. 1.* & multa alia similia congeri possent. Regula ergo illa procedit toties, quoties quid inutiliter factum est, quod nõ incipit valere, etiam si impedimentum sublatum sit, & causa illa, ex qua actus est inualidatus. At si cesset impedimentum, & prçterea accedat voluntas, & causa illa, ex qua, etiam ab initio, actus valere potuisset, vtiq; ex noua causa valebit. In casu supra proposito id, ità contingit. Cessat ratio, cur legatum hæredi instituto præstari totum non possit, postquàm partem hæreditatis sibi datam repudiauit: durat testatoris voluntas: lex rursus operatur, & respicit ad testatoris voluntatem; vt causa adsit, ex qua nunc dies legati etiam pro ea portione, cedere possit; ergo non mirum, si legatum conualescat, non quasi tunc delatum, cum testator decessit, sed quia nunc à lege defertur.

32 Quod † addebatur de regula Catoniana, negocium non facit: nam regula illa ad ea dumtaxat pertinet, quæ possent valere, si testator diutius viueret, quæ regula inualidat, si eadem essent inutilia, statim facto testamento, decedente testatore. *l. 1. ff. de reg. Cat.* & ideo nõ habet locum in conditionalibus, neq. pertinet ad nouas leges, ex quibus ab apertura tabularum dies legati cedebat, *l. 3. 4. 5. ff. de reg. Cat.* Itaq. ad casum nostrum nõ pertinet in quo non interest, an statim facto testamento, an post longum interuallum, testator decedat: æquè enim semper moriente testatore legatum hæredi relictum, inutile est, vt non opus sit, illud regula Catoniana inualidari.

Sunt tamen quæ aduersus decisionem legum, quarum rationem, adhuc explicauimus, validißimè obstare videantur.

33 Et Primò † contrarium videtur respõderi, *in l. Miles §. 1. ff. de leg. 2.* vbi fuit quis hæres institutus pro parte, & ei datæ sunt præceptiones, is, post diem legati cedentem, non adita hæreditate decessit, dicitur partem hæreditatis, ad cohęredes substitutos pertinere; præceptionum autem portiones: quæ pro parte cohæredũ constiterunt, ad hæredem eius transmitti. Vndè intelligitur pro ea parte, ex qua ille fuerat institutus, pro qua prælegata non constiterant, legata non conualescere, quàmuis iste hæres institutus, hæres non existat.

34 Glossa † *in d. l. Miles §. 1.* tres affert responsiones, quarum duas reprobat Iacobus Cuiac. *ad Pap. in d. l. filio ff. de leg. 1.* Tertiam verò probat, quæ etiam à Doctoribus nostris communiter recipitur; Nempè Glossa inquit. *In l. qui filiabus §. fin. & l. seq. in l. filio, & l. seq. ff. de leg. 1.* ponitur hæredem institutum repudiasse portionem hæreditatis, sibi datam, quo casu separauit hæreditatem à legato, & sic viuus potuit legatum acquirere. *At in d. l. Miles §. 1.* supponitur mortuum hæredem pro parte institutum ante aditam, vel repudiatam hæreditatem, quo casu, eo viuo non potuit cedere dies legati, cũ legatum non esset ab hæreditate separatum. Verùm hæc responsio mihi nõ probatur. Nam imò si pro parte institutus, nõ adita hęreditate decesserit: in vltimo

vitæ

vitę spiritu, cum adire amplius nõ potuerit, apparuit eum hæredem existere amplius non posse, & sic deferenda fuit portio illa vacans, & eodem instanti debuit pro ea etiam parte legati dies cedere, vt probatur *ex l. fin. ff. de cond. inst. & l. fin. ff. quand. dies leg. ced.* nam in vltimo vitę spiritu separatum est legatum ab hæreditate.

35 Doctores † forte, vt hanc difficultatem effugiant, *inter quos Castrensis in d. l. qui filiabus §. fin. in fin. & Iason, & alij communiter* dicunt legatum hæredi pro parte instituto, pro eadem parte esse conditionale, & tacitam conditionem recipere, si hæres repudiauerit; at si moriatur idem, neq. adita, neq. repudiata hęreditate deficit conditio legati, & sic legatum ab hęreditate non separatur: vnde non mirũ, si hęreditatis illa portio transeat ad substitutos, legato ex ea non deducto. Sed ego sanè nescio, vnde eliciant Doctores hanc tacitam conditionem; & quis eis renunciauerit testatorem, qui legat hęredi pro parte instituto, pro illa eadem parte, ei legare, sub hac tacita conditione, si hæreditatem repudiauerit. Si hanc tacitam cõditionem deducunt ex rei necessitate (neq. enim aliunde deducere possunt) nempè, quia legatum consequi hęres institutus non potest, nisi, si hęres non existat, cum alioquin rei natura repugnet, quod sibi ipse hęres legatum debere non possit. Falsò asserunt in hoc legato, tacitam inesse conditionem, *si hæres repudiauerit;* nam imò hęc inest. *Si hæres non erit.* Sufficit quoquo modo hęredem non esse, vt cesset illud impedimentum, ergo, & si citra repudiationem hęres non sit, tacita legati impletur conditio: In proposito verò apparet eum hęredem existere non posse, si non adita hæreditate decedat; ergo in vltimo vitę spiritu, dies legati pro ea parte cedere debet, vt supra diximus.

35 Recipienda † igitur est prima responsio Glossę, videlicet animaduertendum, in textibus, quos explicauimus, hęredem pro parte institutum, non habuisse substitutos. *At in d. l. Miles §. 1. ff. de leg. 2.* testator huic pro parte instituto, eidemq. legatario cohæredes substituit. Plurimùm autem interest, vtrum veniant cohęredes iure accrescendi, an verò ex substitutione. Nam quoties testator expresse substituit, eam portionem dat substituto, quæ futura erat apud institutum, si ipse

37 hæres extitisset: Testator † enim substituendo substitutum in locum instituti ponit, *l. cohæredi §. fin. ff. de vulg. & pupill.* Si institutus hæres fuisset, iure hęreditario etiam partem rei legatę habuisset, pro sua scilicet parte hęreditaria, ergo partem eandem, quam iure hęreditario institutus habuisset, voluit testator ad

38 substitutum pertinere. Sicuti † quando idem testator iubet hæredem pro parte institutum, cui prælegata dedit hæreditatis suam portionem restituere, intelligitur velle eũdem pro eadem parte prælegata restituere, quæ tanquam hæres, iure habet hæreditario, non iure legati: *l. In fidei cõmissaria, § fin. ff ad Sen. Cons. Trebell.* Neq. enim vlla ratio differentię in proposito, inter substitutionem, & restitutionem assignari potest. At si testator substitutos hæredi, eidemq. legatario, nõ dederit, portio quidem eius deficiens ad cohæredes deuoluitur, sed ex voluntate testatoris, cum onere legati; vt supra explicauimus; quia in hoc casu nulla est voluntas contraria testatoris, pro vt in illo.

39 Neq. † huic responsioni obstat, *l. Sextiam 32. ff. de leg. 3.* quam *in d. l. filium ad Papin.* obijcit Cuiac. vbi ponitur testator ex quadrante instituisse Sextiam filiam, ex reliquis Seium, & Marcium sororis filios, Marcio, & Sextia ad inuicem substitutis: Marcio præterea pręceptiones dedisse: Qui quidem Marcius, cum omissa parte hæreditatis, ex qua fuerat scriptus, decesserit intestatus, & hæredem habuerit fratrẽ: quæritur an Sextia, iure substitutionis prædictę possit à fratre pręlegata vindicare. Et respondet Sęuola Sextiam in legatis, quę Marcio data sunt, substitutam non esse, Vnde elicit vir doctissimus in substitutione non contineri partem illam prælegati, quam institutus iure hæreditario cępisset, si adijsset. Nam facilis est responsio. Volebat Sextia vniuersa prælegata, & in solidum vindicare, iure substitutionis. Sęuola verò re-

spondet in legatis Sextiam non esse substitutam, quod verissimum est. At legati appellatione nō venit pars illa quam institutus iure hæreditario accepisset; eandem enim partem dedit testator Sextiæ, & ideo non permisit ab hereditate separari, vt supra exposuimus. Itaq. Sextia hanc partem accipit iure hæreditario, vt non possit hæc pars legati appellatione contineri. Quòd ergo respondet Scæuola, in legatis Sextiam substitutam non esse, intelligendum in legatis, quatenus Iure legati valuerunt, scilicet pro portione cohæredum. Maximè cum Scæuola soleat de iure respondere, & quidē aperto, nec responsionem ipse applicet facto, sed applicandam relinquat interrogantibus; ità vt in proposito non responderit, quę nàm pars sit legata, quæ non, sed duntaxat in legatis Sextiam non esse substitutam, vt sæpè, & ex more suo facit, prout constare potest, *ex l. à testatore ff. de cond. & dem. l. Titia 47. § à Matre ff. de adm. Tut. l. tabernam 7. ff. de fund. inst. & instr. leg. l. prædia 27. §. pen. & vlt. ff. eod. Tit. pulcherrimus in proposito est tex. in l. Aureliu 28. §. eum qui tutelam, cum §. seq. ff. de liber. leg.*

40 Secūdò † principaliter ad textus, quos explicamus, obijcitur *l. eum qui § fin. de his quib. vt ind.* vbi pro parte institutus legatum prędij accepit, & tacitam fidem accomodauit de restituenda hęreditate nō capienti: dicitur a Fisco auferri eidem hæreditatem, ipsum tamen integrum legatum habere. Cuiacius *ad l. filio ff. de leg. 1.* ad Papin. non benè respondet à cohęredibus peti legatum totum, licèt portionē hęreditatis Fiscus eripuerit. Quomodò enim petit iste à cohęredibus portionem fundi, quę est in portione hęreditatis sibi à Fisco erepta? Et qua ratione hęredes in solidum erunt obligati pro portione etiam, quam Fiscus occupat? Verissima igitur responsio est, quam tradit etiam Glossa, testatorem voluisse hęredem pro parte institutum, totum prædium retinere sibi, hæreditate restituta incapaci, & hęredem de parte illa prędij sibi legati, quę esset in sua portione hęreditatis, fidem non accomodasse, cùm id ageretur, vt totum prędium hęres sibi retineret, cum ergo, quo ad prędium, nihil in fraudem legis conuenisset, non mirum, si in eo hęres non puniatur.

41 Tertio † obstare videtur, *l. apud Celsum §. si quis ex vncia ff. de dol. mal. & met. except.* vbi hęres, qui legatum accipit, si hęreditatem repudiet, & illam ad substitutum transmittat, non potest legatum petere, & si petat, doli exceptione repellitur. Omissa responsione Cuiacij, quę, & violenta est, & multas patitur difficultates, & iuxta nostram sententiam recipi non potest. Communis mihi placet responsio Doctorum, qui considerant in casu dicti textus fuisse relictum legatum hæredi ex parte scripto sub conditione, si hæres non esset, vel ità, vt alterutrum duntaxat consequi posset, aut hæreditatem, aut legatum. Quod quidem colligitur satis ex eo, quod ibidem dicitur illum prætulisse legatum, ne molestijs hæreditarijs implicaretur; quasi eligere debuerit, nec potuerit vtrumq. consequi. Is ergo, qui prætulit legatum, & maluit legatum, quàm hæreditatem habere, si hæreditatem repudiauerit non repellitur à legato: nisi fortè à substituto precium acceperit, vel quod precij loco esse potest, vt hęreditate repudiaret. Nàm hoc casu, qui hęreditatem in effectu habet, cum precium habeat, dolo facit, dum vult vtrumq. consequi, nempè, & hereditatem, & legatum aduersus testatoris voluntatem.

42 Quartò obijciunt † *l. fin. §. fin. ff. de doli mali, & Met except.* Sed hunc textum explicaui, *lib. 1. Interpret. Iur Cap 21.*

43 Quintò † obijcitur, *l. Si Patroni §. quid ergo ff ad Trebell.* vbi ille, qui coactus adijt, amittere dicitur fidei commissum, & pręceptionem, ea ratione, quia indignus videtur ille, qui destituit supremam defuncti voluntatem, ergo quicunq. repudiat hæreditatem hac eadem ratione à legato repelletur. Iacobus Cuiacius *ad d. l. filio.* respondet in casu dictæ legis, cum, qui cogitur adire esse extra omne periculum, cū ei, cautio à fideicommissario offeratur. At, in casu legum, quas explicauimus, nullus est, qui cautionem offerat. Ego autem non video, cur magis iste, quàm ille legatum consequi debeat: nam licèt illi cau-

illi cautio offeratur, non tamen ità offertur, vt sponte adeat, inde si recuset adire, periculo fideicommissarij cogatur: Sed quo casu offertur, periculo offerentis, & fideicommissarij adit, & adire cogitur, & nullum retinet commodum, & legata amittit. Recusabat ille adire, ne oneribus hæreditarijs implicaretur, cur ei non permittitur onera abijcere hæreditaria, & legatum retinere? iste, qui nō est rogatus restituere hereditatem repudiando, liberatur oneribus hæreditarijs, & legatum consequitur. Cur non consequetur, & ille, qui oneribus liberatur ex cautione fideicommissarij? Nulla potest diuersitas rationis afferri. Quia, si is, qui coactus adit, oneribus hæreditarijs liberatur, & tutus est ipso iure? Ipso iure etiam tutus est, & multò magis, qui hæreditatem repudiauit. Ergo respondendum est, eum qui compulsus adit, amittere fideicōmissum non omne, sed quod sibi à fideicommissario datum est, nàm, & sæpè à fideicommissario hæredi fideicommissum dabatur, vt *in l. si a me ff ad l. Falcid.* hoc enim casu congruit ratio allata, quia scilicet indignus est, vt fideicommissum consequatur is, qui recusauit adire, & sic non adeundo, voluit etiā ipsum fideicommissum, quod sine sua aditione valere non potuit, infirmari: alioquin indignus non iudicatur, qui non adit, si alius adire potuit, & supremam defuncti voluntatem adeundo conseruare; *l. ità tamen §. qui suspectam in fin. ff. ad Trebell.* Quod verò dicitur in eodē contextu de præceptione, quam fideicōmissarius dicitur amittere, non est intelligendum de legato illi hæredi relicto, sed de quantitate præcipienda ab hærede ex eadem portione, iuxta tex. *l. cum pater in prin. ff. de leg. 2. l. deducta §. acceptis ff. ad Trebell.* Quod intelligitur ex eo, quia ibidem dicitur, adeò noluisse senatum aliquid apud eum ex ea parte, quam derelinquit, relinquere, vt nec præceptio relinquatur; ergo agitur ibi de præceptione, quæ est ex ea parte, quam quis nolebat adire, quam sanè consequi indignus est, & ea à Senatu priuatur, sicuti, & Falcidia, & omni alio commodo, quod ex parte illa consequi potuisset, quod omne commodum transit in fideicommissariū. Et verò, si ageretur de legato, non valeret argumentum ab hærede, qui rogatus est restituere, ad hæredem, cui nullus datus esset substitutus, siue directus, siue fideicommissarius, nam si consideremus testatoris voluntatem, id omne restituēdum est ab hærede fideicōmissario, quod iure hæreditario capit, ergo etiam prælegatum pro ea portione, ex qua institutus est, in restitutionem venit; *l. in fideicommissaria §. fin. ff. ad Trebel* Itaq. quāmuis hæredi instituto pro parte, præceptiones, idest prælegata, datæ essent, & pro portione hęreditaria, vnà cum hęreditate essent restituendę: & si hęres nollet adire, non tamen posset partem illam legati consequi, quam iure hęreditario accepisset, si adijsset, quia testator voluit eam in fideicommissarium transire vnà cum vniuersa hæreditatis portione, quam ipsi hęredi dedit, quam si hęres abijciat, necesse est, & legatum abijciat pro eadē portione; quod testator noluerit ex ea portione legatum hæredi deberi, etiam si portionē habere desijsset, nempè postquàm ipsam restituisset. Et quid quid sit de hoc casu, quo hęres hęreditatem repudiaret, eamq. nullo tempore consequeretur: Tàmen nulla difficultas esse potest, si idem hæres adire recusans à fideicommissario adire compellatur, debere hunc, qui inuitus adit, restituere vna cum hæreditate partem illam legati, quam à se ipso, & iure hæreditario accipit, cum eamdem partem etiam si spontè adijsset, fuisset ex voluntate testatoris restituturus, absurdum enim sanè esset melioris conditionis esse eum, qui coactus adit, eo, qui spontè testatoris voluntati voluit parere. At si de eo hærede agatur, qui non est rogatus restituere, cuiq. data sunt prælegata. Si is hæreditatem repudiet, legata solida consequetur, etiam pro parte, quam repudiat; nam hoc casu portio cohæredibus accrescit, cum onere legati, vt supra explicauimus, nec vlla testatoris voluntas repugnat.

Furtum re non amota, licèt contrectata, non fit.

Ad l. si stuprum ff. de iniurijs, & l. si quis vxori ff. Si quis asinum ff. de Furtis. Explicatur d. l. si quis vxori ff. Maiora, & ex occasione alia etiam multa Iura exponuntur. Cap. IV.

SVMMARIVM.

Qui Ancillam non meretricem, libidinis causa, surripit, furtum committit, num.1.

Furtum sine affectu lucri non fit n.2.

Furtum committit, qui seruum accipit, vt quæstioni subijciat, & eum, quasi in furto, deprehensum, Præfecto offert, qui summo supplicio affici iubet n.3.

Interesse aliud est pecuniarium, aliud non pecuniarium n.4.

Aedificans in Mari potest prohiberi si alteri noceat. n.5. & nocere intelligitur, si prospectum faciat deteriorem, vel angustiorem, ibidem,

Interdictum quod vi, aut clàm competit ei, cuius interest. n.6. competit verò fructuario, si eius intersit, propter voluptatem, & gestationẽ. n.7.

Species lucri est ex alieno largiri, & acquirere beneficij debitorem. n.8.

Surripiens alienam ancillam meretricem, libidinis causa, furtum non committit. n.9.

Explicatur l. Si stuprum 25. ff. de iniur. *n.10. & seq.*

Stuprum dici solet, cùm significatur illicitus congressus cum honesta fœmina. n.11.

Iniuriarum tenetur, qui serui pudicitiam attentat. n.12.

Furtum non committit, qui re aliena vtitur, nisi eam etiam amoueat. n.13.

Explicantur verba definitionis furti. n.14.

Furtum nihil aliud est, quam possessionis interuersio. n.15.

Seruus, qui rem domino surripit, dum eam apud se habet furtum non committit. n.16.

Seruus non potest domini possessionem interuertere. n.17.

Interdum peculiari ratione furtum fit, licet res non amoueatur. n.18.

Traditio ad dominium transferendum necessaria, interdum tamen sinè traditione dominium transfertur. n.19.

Qui Tabulas interlinit, licèt non amouerit, furtum committit. n.20.

Furtum committit, qui Domum alienam ingressus res contrectat, inde easdem ibidem relinquit. n.21.

Furtum non purgatur, si ex pœnitentia res contrectata in domini potestate relinquatur. n.22.

Furtum à ferendo, idest, auferendo, dictum. n.23.

Explicatur. l. si quis vxori, §. si quis asinum, ff. de Furtis. *n.24.*

Explicatur. d. l. si quis vxori, §. Si maiora. *n.25.*

1 IN † dubium non reuocatur furtum committere eum, qui Ancillam non meretricem, libidinis causa surripit, *l. Fullo 82. §. qui ancillam, ff. de Furt.*

2 Quamuis † enim ad hoc vt furtum committatur necessariò requiratur lucri faciendi causa contrectationem fieri, §.1. *Inst. tit de oblig. quæ ex del. nasc. l.1. §. fin. ff. de furt.* tamen species lucri, & commodi est, effrenatos etiam, ac turpes animi æstus fœda cum voluptate extinguere, & quoquo modo cupiditatibus suis seruire.

3 Qua † ratione, *in l. pen. ff. de con caus. dat.* furti tenetur domino is, qui seruũ acceptum, vt quæstioni subijceret, quasi in furto deprehensum, præfecto vigilum obtulit, qui, eo audito, summo supplicio affici iussit: nam species lucri est, animo suo, non nisi vindictam, & iram spiranti, cum alieno damno, & incommodo satisfacere. Lucrum enim, & damnum non solum illud est, quod in pecunia consistit, sed, & quodlibet commodum, & incom-

4 modum etiam animi, vt † ex eo intelligimus, quod distinguitur interesse pecuniarium ab alio quolibet interesse, *l. 2. §. fin. ff. ad Municip. l. si verò §. hac autem in fin. ff. de his qui deiec. vel effud.* vt non solum nostra interesse dici possit, si patrimonium nostrum augeatur, vel minuatur, sed et si alio nomine nostra intersit.

5 Vnde † ex eo, quod placuit posse prohiberi illum, qui in mari ędificat, si alteri noceat, *l. 2. §. meritò ff. Ne quid in loc publ. itiner. ve fiat.* potest etiam is prohiberi, qui

qui ædificando alterius prospectum facit deteriorem, vel angustiorem, vt subijcitur, *in eod. §.* & tamen hoc commodum est solius amænitatis, & animi voluptas
6 est. Sic † etiam interdictum quod vi, aut clam, competit ei, cuius interest. *l. competit in prin. cum simil. ff. quod vi, aut clam.*
7 Si tamen † arbores quis non fructiferas, vi, aut clàm ceciderit, quæ amænitatem aliquam fundo adijciant, agit quod vi, aut clàm etiam fructuarius, quia videtur eius interesse propter voluptatem, & gesta-
8 tionem, *d. l competit §. 1.* Hac † ratione, cùm etiam de furto agitur, dicitur speciem lucri esse, & quidem iniusti ex alieno largiri, & sibi beneficij debitorem acquirere, *l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt.* Cum ergo lucrum, & damnum considerari possit in quolibet commodo, vel incommodo etiam voluptuario: non mirum si furtum, & is committat, & lucri causa contrectet, qui libidinis explendæ gratia, alienam ancillam surripit, vt furti actione teneatur. *d. l. fullo, §. qui ancillam ff. de furt.* Quod tamen ità demum verum est, si de ancilla non meretrice agatur.
9 *d. § qui ancillam.* Nam † si libidinis causa alienam ancillam meretricem rapuerit quis, furtum non committit, *l. verum ff. de furt.* Cuius rei ratio forte illa esse possit, quod inuito domino non contrectet, qui ancillam ad destinatum vsum abducit, volente etiam domino, qui ex eo, quòd talem ancillam retinet, ipsam ità haberi consentit, vt cæteræ meretrices solent. Quid quid sit, si de non meretrice ancilla agatur, nemo dubitat furtum committere illum, qui eam etiam libidinis causa contrectat, vt probauimus.

10 Hac † tamen retenta sententia non parum aduersari videtur, quod Vlp respõdet *in l. si stuprum 25. ff. de iniur.* Si stuprum serua passa sit iniuriarum actionem dari, aut si celauit mancipium, vel quid aliud furandi animo fecit, etiam furti. Ex quo responso intelligimus, si serua stuprum sit passa, non posse dominũ furti agere. Nam etiam furti dominũ agere posse, ità demũ Vlpianus respondet, *si mancipium celauit, vel quid aliud furandi animo fecit.* Ex solo igitur stupro furti actio Domino non datur. Et tamen negari nõ potest ancillã libidinis causa contrectari, cum qua stuprum committitur, & quidẽ inuito domino; cum non agat Vlpianus de Ancilla meretrice, alioqui vitiosè id omitteret, & ostendit verbum illud *stu-*
11 *prum*, quod † non solet vsurpari, nisi cum significatur illicitus congressus cum honesta fœmina. *l. inter liberas 6. §. 1. l. stuprum 34. ff. ad l. Iul. de adult.* & tandem euidentissimum est ex eo, quod stuprum committens dicitur domino iniuriam teneri: non posset autem iniuriarum teneri actione, qui ancillam meretricem co-
12 gnosceret: is † enim dumtaxat tenetur, qui serui pudicitiam attentat, *l. sed est quæstionis. 9. §. fin. cum l. seq. ff. de Iniur.*

13 Sed † pro huius legis interpretatione animaduertendum est (quod nescio, an aliquis obseruauerit) non sufficere, ad hoc, vt furtum committatur vti quem re aliena, sui commodi causa, nisi etiam rẽ ipsam contrectet, & amoueat. Quod ostẽdit definitio ipsa furti, *in d. l. 1. ff. de furt. & §. 1. Inst. Tit. de oblig. quæ ex del. nas.* cũ furtum dicatur *contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisuè*; & ità ad furtum requiratur absolutè contrectatio ad habendam rem, vel vsum, vel possessionem, & non sufficiat solus vsus, nisi contrectatio rei præcedat vsus habendi
14 causa. Nam † rursus animaduertendum, quod vulgus non obseruat, in definitione furti verbum illud *contrectatio* non esse referendum ad verba illa, *vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisue*, vt nostri faciunt, qui inde laborant, vt inquirant, qua ratione vsus, vel possessio possint cõtrectari, vt potè incorporalia. Sed sumendũ est absolutè, vt sit cõtrectatio, vt dicitur *in d. l. 1.* ordinata ad lucrum faciendũ, vel ipsius rei, vel vsus, vel possessionis; ità vt hæc verba, *vel ipsius rei, vel etiam vsus eius, possessionisue* referantur ad illa immediatè præcedentia, *lucri faciendi causa.* Interdum enim quis rem ipsam surripit, non vt rem ipsam lucretur, & sibi habeat, sed eo animo, vt vsum duntaxat habeat, vel possessionem, cuius rei exẽpla cuiq. sunt obuia. Et verò frustra

in l. 1.

in l.1.ff. de furt. furtum diceretur rei con-
trectatio, si hoc verbum *contrectatio* re-
ferretur ad illa, *vel ipsius rei, vel etiam*
vsus possessionisue. Nam ad quid verbum
rei rursus repeteretur? vel cur primùm di-
ceret Iuris consultus, furtum esse cõtrec-
tationem rei, & non adderet, vel vsus,
vel possessionis, sed ea verba postrema fa-
ceret, & separaret? Est ergo furtum rei
contrectatio, vt vsus habeatur: itaq. non
sat est vti ad furtum, nisi præcedat rei
15 contrectatio, & amotio; cùm † furtum ni-
hil aliud sit, quàm possessionis interuer-
sio. *l.1.§. Scæuola ff. si is, qui test. lib. esse*
iuss. fuer. Non potest autem possessio in-
teruerti, quin res ipsa amoueatur, aut sal-
tem animum quis habeat amouẽdi, alio-
qui possessionem dominus non amittet, si
res in eiusdem potestate fuerit relicta.
Qua ratione si res amota, quacunq. ex
causa in possessione domini maneat, nec
16 amotio ipsa ad furtum sufficit: vnde † si
seruus rem domini contrectet, & amo-
ueat, furtum tamen non comittit, dum
scilicet rem apud se retinet *l. interdum 56.*
§. cum autem seruus ff. de furt. videlicet
quia ex ea contrectatione possessionis nõ
17 fit interuersio: seruus † enim, qui posses-
sionem domino acquirit non potest do-
mino possessionem earum rerum, quas
apud se habet, interuertere, *l. rem quæ ff.*
18 *de acq poss.* Cum † igitur amotio rei sit ne-
cessaria ad furtũ, ex qua regulariter pos-
sessionis interuersio contingit, non sine
ratione Iustinianus, *in §. furtum autem fit*
Inst. Tit. de oblig. quæ ex del. nas. monet,
non solum furtum fieri, si res amoueatur,
sed & si, inuito domino, contrectetur.
Vidit enim Iustinianus amotionẽ ad fur-
tum necessariam: interdum tamen sine
amotione furtum committi peculiari ra-
tione, prout in casibus, quos ibidem Iusti-
nianus recenset, putà si creditor pignore
vtatur, siue depositarius re deposita, vel
commodatarius re commodata in alium
vsum, quam in quem acceperat. his enim
casibus, ex solo vsu, furtum committi-
tur. Ratio autem est, quia amotio ad fur-
tum requiritur, ad hoc vt rem, in potes-
tatem suam redigat fur, vt inde de ea dis-
ponere possit, prout destinauit. At cum
creditor, depositarius, commodatarius, iã
rem apud se habeant, non opus est amo-
19 tione. Sicut † in simili traditio ad domi-
nium transferendum est necessaria *§. per*
traditionem Inst. Tit. de rer. diuis. Inter-
dum tamen sine traditione dominiũ trãs-
fertur, quod toties accidit, quoties res
iam apud eum est, in quem volumus do-
minium transferre, *§. interdum Inst. Tit.*
de rer. diuis. plura similia attulimus. *In-*
20 *terpr. Iur. Cap. 36. part. 1.* Sic † etiam si ta-
bulas quis interleuerit, licèt non amoue-
rit, furtum committit, *l. qui tabulas 27.*
§. fin. ff. de furt. Peculiaris est ratio. Nàm
licet non amoueat, possessionem tamen
interuertit; quamuis enim dominus tabu-
las retineat, tamen eas non retinet, quas
primum possidebat. Aliquid ablatum est,
& id, in quo tabularum substantia con-
sistebat, *l. seruum filij 44. §. eum qui l. huius-*
modi §. ipsa ff. de leg. 1. l. qui chirogra-
phum 59. ff. de leg. 3. Itaq. amouisse vide-
tur, qui corrupit: Sicuti *in d. l. qui Tabu-*
las, § fin. dicitur etiam rupisse videri qui
corrupit, vt ea ratione etiam ex lege
Aquilia teneatur, qui tabulas interleuit.
21 Sic † etiam furti nõ manifesti tenetur is,
qui domum alienã ingressus, res aliquas
animo furandi, & asportandi contrecta-
uit, inde pœnitentia ductus res illas reli-
quit, & discessit eo animo, vt rediret, &
asportaret, *l. vlgaris §. 1. ff. de furt.* Quam-
uis enim res, quas contrectauit, non amo-
uerit, tamen statim atq. eas contrectauit
animo furandi, statim earum possessio-
nem acquisiuit, quia eas possidere voluit,
& statim in suam possessionem, in suam
potestatem redegit, & ità statim furtum
22 est consumatum, quod † non purgatur
ex eo, quòd res in potestate domini ex
pœnitentia relinquatur. *l. qui ea mente 65.*
ff. de furt. Et sic in alijs quoq casibus (si qui
sunt) licebit peculiarem rationem ani-
maduertere, cur amotio non sit necessa-
ria. Cęterum regulariter amotio ad fur-
tum requiritur, nec sola, citra amotio-
nem, & possessionis interuersionem, suf-
23 ficit contrectatio. Vt † intelligimus etiã
ex ipsa furti æthimologia; quod quidem
à ferendo, idest auferendo dictum est.
l. 1. ff. de furt. Et hæc ratio est, cur tùm, *in*
l. verum, tùm in l. fullo §. qui ancillã ff. de
furt. cum quæritur, an furtum commit-

tat is,

tatis, qui ancilla aliena, libidinis causa, vtitur, ponitur eam ex ea causa subreptā; nempè quia solus vsus non sufficeret ad furtū, nisi præcederet ipsius ancillæ amotio. Et verò, si sola contrectatio, solus cōtactus sufficeret ad furtum, etiam ille, qui seruum verberaret alienum, furtum cōmitteret; nam vindictæ causa, contrectaret, quæ species lucri est, vt diximus, *ex l. pen. ff. de cond. caus. dat.* Nullus tamen dicet furti hunc teneri. Ratio nulla alia afferri potest, nisi quia, is, qui verberat seruum, relinquit eum in potestate, & possessione domini, nec id agit, vt possessionem domini interuertat.

Hæc itaq. ratio est, cur *in l. si stuprum*, quam explicamus, furti non teneatur, qui stuprum cum aliena ancilla committit: quamuis enim eam contrectet, tamen libidinis explendę causa, non vt possessionem domini interuertat, id facit. Relinquit eam in potestate domini, nec sibi habere ancillam, & domino ad turpem illum vsum auferre, contendit; sed tantisper, dum in potestate domini est, ea abuti cogitat: furtum ergo non committit.
24 Quod † confirmatur egregiè, *ex l. si quis vxori §. si quis asinum ff. de furt.* vbi dicitur, eum, qui alienum asinum ad equas suas admisit, furti non teneri, nisi præterea furandi animū habuerit: & tamen etiam iste asinum contrectat, & quidem lucri sui causa, nempè, vt fœtū, ex equabus suis suscipiat. Sed non alia ratio est, cur furtum iste non committat, nisi quia solus vsus rei alienæ ad furtum non sufficit, sed requiritur præcedere amotionem, & possessionis interuersionem eius vsus habendi causa. Requiritur, vt qui vtitur, animum habeat asinum illum sibi habendi ad illum vsum. Cęterùm qui asino duntaxat vtitur sine eo animo furtum non committit, quia eum in potestate domini relinquit, nec possessionem domini cogitat interuertere. Pone. Asinum quis alienum in Pascuis deprehendit, eum ad equas suas admittit, non eo animo est, vt velit asinum sibi habere. Is non interuertit possessionem domini; furtum ergo non committit ex solo vsu, sed ita demum, si furandi animo faciat, ideſt, si animum habeat asinum ad eum vsum sibi habendi.

Planè quia is sui commodi, & lucri causa asino vtitur, licèt furtum non committat, valdè tamen furi similis est, vt potè qui domino inuito re aliena vtitur, lucri causa. Et quamuis furti non teneatur, tamen actione in factum erit conueniendus. *d. § si quis asinum* nempè subsidiaria actionis furti; prout etiā actio in factum datur, *in l. si is qui 66. §. si tu Titium ff. de furt.* vt probat etiam Cuiac. *obseruat. lib. 13. Cap. 6.* Vnde non errare existimarem eum, qui idem res ponderet in casu, *d. l. si stuprum*.

25 Sane † animaduertendum (vt obiter moneam, quod viderim in hoc plures errare) quod dicitur *in l. si quis vxori §. si maiora ff. de furt.* eum qui maiora pondera tibi commodauerit, cum emeres ad pondus, furti venditori teneri: quodq; ipsi accipiunt indistinctè, ideſt, etiam si ignoranti tibi commodauerit; non posse intelligi ità, vt furti obligetur, ideſt, actione in factum. Nam imò non potest actio furti accipi pro actione in factum, cùm non in alium actio in factum detur, quàm eum, qui actione furti non tenetur. *d. l. si is qui, §. si tu Titium ff. de furt.* & ostendit apertissimè etiam textus, *in d. l. si quis vxori §. si quis asinum ff. eod.* vbi cùm neget Vlpianus furti actionem dari in eum, qui alienum asinum in equas suas coegisset, sed dicat dandam in factum actionem: non subijceret paulò post, *in §. si maiora* dari furti actionem in eum, qui commodauit ementi iniqua pondera, & quidem ignoranti, cum iste, qui commodauit nec furtum committat, vt potè qui nihil contrectat, nec sui commodi causa facit; nec opem furto præstet, cum ignorans pondera iniqua esse, affectum furandi non habeat, sine quo furtum non fit. *§. item si is ad quem Inst. Tit. de vsucap. §. placuit Inst. Tit. de ob ig. quę ex del. nasc.* Sed repeteret Vlpianus in eum, si quidem ignoranti commodasset, actionem in factum dari; nec confunderet actionem furti cum actione in factum, quæ non nisi furti actione deficiente, accomodatur.

Itaq.

Itaq; quod dicitur, *in d. §. Si maiora. Si maiora quis pondera tibi commodauit, cum emtres ad pondus furti cum venditori teneri Mela scribit. te quoq. si sciseti*. Non ita intelligendum, prout verba prima facie sonare videntur, vt is, qui commodauit iniqua pondera emptori indistinctè teneatur, emptor verò ita demum, si sciuerit iniqua ea esse. Sed imò ita, vt Mela scripserit, & commodantem, & emptorem furti teneri, si emptor sciuerit; hoc namq. casu Emptor furtum committit: commodans iniqua pondera actione furti tenetur, vt qui opem furto præstiterit, §. *interdum quoq. Inst. Tit. de oblig. quæ ex delic. nasc.* Itaq. verba illa eius §. vnico spiritu leganda; ità vt conditio illa *si scisti*, non solum referatur ad emptorem, sed, & ad decisionem, de commodante; vt ita demum commodans, & emptor furti teneantur, si emptor sciuerit, quasi non duæ sint decisiones, sed vna, qua constituatur coniunctim, & commodantem, & emptorem furti teneri, sub ea tamen conditione, si emptor sciuerit.

De ratione l. 3. ff. Neratius ff. de acq. poss. Cap. V.

SVMMARIVM.

Proponitur decisio, l. 3. §. Neratius n. 1.

Dominus fundi, qui non patitur eum, qui in suo fundo thesaurum condidit, illum effodere, furti non tenetur, n. 2.

Is, qui rem in sua potestate habet, potest solo animo incipere possidere, n. 3.

Refertur expositio Cuiacij ad d. l. 3 §. Neratius, & reijcitur. *n. 4.*

Sub custodia nostra ea sunt, quorum possessionem si velimus, nancisci possumus. n. 5.

Explicatur d. §. Neratius, eiusq. ratio traditur. n. 6. & seq.

Depositarius, & Commodatarius solo animo possessionem acquirunt. n. 7.

Depositarius, & Commodatarius custodiam rei habent. n. 8.

Quid intersit in amittenda, vel retinenda possessione, dominus per se possideat, an per alium. n. 9.

Possessio in facto consistit. n. 10.

Non debet alteri adimi, quod alter non acquisiuit. n. 11.

Ex Iure Ciuili est animo retineri possessionē. n. 12.

Qui thesaurum condidit in terra, & non repetit memoria locum, in quo deposuit, non tamen amittit eius possessionem. n. 13.

Seruorum, quos ignoramus vbi sint, possessionem non amittimus. 14.

Possessionem nō amittimus rei immobilis ab alio nobis absentibus occupatę. n. 15.

Ius præsumit, nos finibus expulsuros occupantem. n. 16.

Si exercitus fundum meum ingrediatur, amitto possessionem eius partis, quam occupat, alterius partis retineo. n. 17.

Quid intersit, an de acquirenda, an de amittenda possessione fera agatur. n. 18.

Rerum mobilium possessionem amittimus statim, atq. desinūt sub nostra custodia esse. n. 19.

Amotionem ad furtum necessariā esse præcedenti Capite diceba-mus, quod furtum non fiat, nisi interuertatur possessio, quę sine amotione domino non adimitur. Id † videtur
1 confirmari. *ex l. 3. §. Neratius ff. de acq. poss.* vbi concluditur, dominum fundi, in quo repositus est, thesaurus nō statim, atque scit in suo reconditum thesaurum esse, illum possidere, sed tunc demum cum thesaurus loco motus fuerit, & supra terram illius possessionē fundi dominus fuerit adeptus, *l. Peregrè in princ. ff. eod.*
2 *Tit. de acq. poss.* Inde † rectè respondet Pomponius fundi dominum, quamuis nou patiatur eum, qui in suo fundo thesaurum condidit, illum effodere, sibiq. habere, non tamen furti actione teneri, *l. thesaurus ff. ad exhib.* Nempè quia, nec aliter possessionem acquisiuisse dici potest thesauri, dominus fundi, quàm si supra terram, eiusdem possessionem fuerit adeptus. Quod si loco motus thesaurus non fuerit, nec interuersa possessio thesauri domino videri potest.

3 Videtur † tamen hoc idem maximè repugnare, iis, quæ diximus *Interpret. Iuris Cap. 36. lib. 1.* vbi pro indubitato posuimus, eum, qui rem aliquam in potestate habet,

habet ità vt possit, si velit, possessionem actualē eiusdē rei apprehendere, quàmuis eam non possideat, vel alij possideat, solo animo eiusdem rei possessionem acquirere, ideoq. furtum facere; quod probat euidenter, *l. si rem mobilem ff. de acq. poss.* vbi statim, atq. depositarius constituit rem depositam sibi habere, & non restituere, confestim incipit possidere, ideoq. possessionem eius rei dominus amittit. Et confirmat hic idem §. noster, vbi Neratius, & Proculus tradidisse referuntur, non aliter solo animo possessionem acquiri posse, quàm si naturalis possessio antecedat. Quod quidem dictum verissimum est, neq in hoc §. reprobatur, sed duntaxat illatio reijcitur, quæ ex eo dicto deducebatur; Vnde consequens his videtur esse, illum qui scit in suo reconditum thesaurum esse (thesaurus hic impropriè accipitur pro ea pecunia cuius memoria extat, & dominus etiam non ignoratur, vt ex multis colligitur in hoc textu, & etiam omnes hic notant) stàtim atq. constituit illum possidere stàtim eiusdem possessionem acquirere; Neq. necessarium esse, vt thesaurum contrectet, & loco moueat, cum in ipsius potestate sit thesaurus, in cuius potestate est fundus, & cum liberam habeat facultatem, si velit, quandocunq. eius naturalem possessionem apprehendendi.

Doctores nostri multis distinctionibus
4 omnia confundunt. Iacobus † Curacius, & *ad Paul. & ad Tit. de acq. poss. in explicatione huius §. & ad Papin. in l. peregrè ff. hoc Tit.* ea ratione huius §. decisionem defendit, quæ in textu etiam exprimitur, quòd in custodia domini thesaurus non sit, nisi illum loco mouerit, quod nihil aliud est dicere (si nihil præterea addatur) nisi possessionem thesauri dominum fundi non aliter acquirere, quàm si thesaurum loco mouerit; quod tamen illud idem est, de quo dubitatur, & queritur. Cùm imò videatur dicendum statim atq. dominus fundi constituit velle thesaurum possidere, statim eiusdem possessionem acquirere; cum in potestate eiusdem sit, ad libitum thesauri naturalem possessionem apprehendere. Nam & falsum videri potest, quod in fine, §. respondetur, thesaurum non esse sub custodia
5 domini fundi: cùm † imò sub custodia nostra ea sint, quorum naturalem possessionem, si velimus, nancisci possumus, *l. 3. §. Nerua ff. de acq. poss.* Et in potestate domini fundi est, qui eum fundum possidet, & quemlibet ingredi volentem prohibere potest, *l. thesaurus ff. ad exhib. § feræ. Inst. Tit. de rer. diuis.* quandocunq thesauri naturalem possessionem adipisci. Itaq. explicatione res indiget.

6 Vt † igitur § hunc, eiusq. decisionis rationem intelligamus, constituendum inprimis est, verissimum illud esse, quod Neratius, & Proculus existimabant, non posse solo animo possessionem acquiri, nisi antecedat naturalis possessio: tunc verò e conuerso solo animo possessionem acquiri, quando naturalis possessio præcessit, quæ apud eum reperitur, qui solo animo constituit sibi possidere. Non tamen verum esse, quod inde illi inferebant, si sciam, thesaurum in meo fundo positum esse continuò me possidere, simulatq. possidendi affectum habuero, quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Illatio hæc ideo vera non est, quia in facti specie, quæ ponitur, non ea reperiuntur, quæ exiguntur in dicto. Vt solo animo possessio acquiri possit, requiritur antecedere naturalem possessionem. At non potest solo animo dominus fundi thesauri possessionem acquirere, quia thesauri possessionem naturalem nec habet, nec vnquàm habuit. Possidet quidem dominus fundi fundum ipsum; quę ratio fuit Neratij, & Proculi. At de fundo nunc non quæritur, sed de thesauro: & naturalis possessio fundi non potest domino prodesse ad possessionem thesauri solo animo acquirendam, quia aliud fundus est, aliud thesaurus. Et absurdum esset, vt possessio vnius rei sufficeret ad hoc, vt alias diuersas, solo animo, possideremus. Ità enim, quisquis rem vnam aliquam possideret, omnium, solo animo possessionem acquireret. Iure igitur

merito Sabinus, & qui Sabini sententiam sequebantur, quibus consentit Paulus huius legis auctor, illatione Neratij, & Proculi reiecta existimarunt non aliter fundi dominum possidere, quàm si thesaurus loco motus fuerit, eamq. dederunt rationem, *quia non sit sub custodia nostra*. idest, quia thesaurus, dum sub terra reconditus est, sub custodia domini fundi non est.

Hæc tamen ipsa ratio est, quæ & falsa videri potest, & falsam reddere decisionem nostri contextus. Quis enim ille est, qui custodire melius thesaurum possit domino ipso fundi, qui & fundi possessionem habet, & alium quemlibet fundum ingredi volentem, iure potest prohibere, vt dicebamus? Et quis negabit confestim custodiam thesauri dominum sibi assumere, simulatq. constituit velle eumdem thesaurum possidere, sibiq. habere? Omnis ergo difficultas in eo est, vt sciamus, qua ratione sub custodia, & potestate nostra thesaurus non sit, qui in nostro reconditus est, licet animum habeamus illum possidendi.

Ratio autem, meo iudicio, hæc est, quia thesaurum is possidet, qui in fundo alieno pecuniam condidit. Is enim antea possidebat, nec possessionem dimisit ex eo, quod infra terram deposuerit. Nam imò vt magis possessionem retineret, sibiq. seruaret, custodiam terræ commendauit, quæ fidelitèr magis, licet aliena, nostra nobis custodire solet, quam nostræ domus faciant quas possidemus, quæq. alioquin nostrum, & nostrorum solent tutissimum esse refugium, & præsidium. Quia verò thesaurum possidet is, qui depoluit, licèt in fundo alieno, non potest solo animo dominus fundi incipere illum possidere, sed opus est, vt eius naturalem possessionem nanciscatur. Neq. enim antea potest, qui deposuit thesaurum possessionem rei, quam habet, eiusq. custodiam amittere, quam alius, & possessionem eiusdem rei, & custodiam occupauerit. Occupare autem nemo, nisi corpore potest. Animo solo non potest, quamuis facultatem habeat (nemoq. illum prohibere possit) corporalem possessionem illius rei apprehendendi. Plurimùm namq. interest, vtrùm agatur de possessione acquirenda eius rei, quæ iam sub custodia nostra est, an verò de ea re agatur, cuius corporalem possessionem non habemus, & quæ imò ab alio possidetur. Primò casu possumus solo animo possessores fieri, quia iam res in potestate nostra ità est, vt frustra eius magis corporalem possessionem noua contrectatione quærere contendamus. Ad possessionem solus animus deest. Corporalis possessio iàm præcessit. Si animus accedat, non mirum, si possessio acqui-
7 ratur. Et † idità contingit in depositario, vel commodatario, qui iàm sunt corporalem rei possessionem, & detentionem adepti. Hi namq. si incipiant animum habere, res depositas, vel commodatas sibi habendi, statim solo animo possessores fiunt. *d. l. si rem mobilem ff. de acq. poss. l. certi 9. §. fin. ff. si cert. pet.* Isti
8 † enim custodiam rei habent, vt potè qui ad custodiam tenentur. *l. contractus 23. ff. de reg. Iur.* Et quamuis dominus, per hos retineat possessionem, tamen eorum facto, & animo possidet, quibus corporalem possessionem commisit. Et
9 hinc differentia illa, vtrùm per se dominus possideat, an per alium: vt primo casu, quoniam ipse corporalem possessionem per se retinet, non statim atq. possessionem rei immobilis quis occupauit, absens amittat possessionem, sed imò eam retineat, donec vel ad fundum accedens sit deiectus, vel timens deijci, accedere non audeat, & ità possessionem dimittat. *l. Clàm. §. fin. l. si id quod §. fin. ff. de acq. poss.* At verò secundo casu, statim de possessione, decedente colono, aliòue, per quem possidet, is qui fundũ occupat, possessionem acquirit, dominus amittit. *l. peregrè §. fin. ff. de acq. poss.* Nec prodest domino animo possessionem corporalẽ retinere, quã retinere nec potest, cũ non habeat, sed alij custodiẽdã crediderit, qui de illa decessit. Vnde opus fuit, vtilitatis causa, illud recipi, vt moriente colono, dominus possessionẽ retineret. *l. si de eo fundo ff. eod. Tit.* Neque enim videri poterat posse dominũ eam possessionem retinere,

nere, quam non habebat, sed custodiendam colono commiserat.

Quod si agatur de acquirenda possessione eius rei quam nunquàm occupauimus, nec sub custodia nostra habemus, solus animus non sufficit, licèt in potestate nostra sit, corporaliter eius rei possessionem nancisci. Ratio autem est, quia fieri potest, vt nunquàm rem illam corporaliter apprehendamus, sine qua apprehensione, possessio considerari
10 rari non potest, vt potè † quæ in facto, & detentione consistit. *l. 1. §. adipiscimur, §. si vir vxori ff. de acq. poss.* & quæ non solo animo, sed & corpore acquiritur, *l. 3. §. 1. l. quemadmodum ff. eod.* Itaq. lex frustra non debet præsumere possessorem illum, qui fortè corpore nunquàm rem occupabit, nec in potestate sua habebit, & multò mi-
11 nùs, si alius possideat. Cur † enim huic, qui possidet auferet possessionem, quam nullus inuasit? argumento *l. peregrè in prin. ff. de acq. poss.* In proposito enim vsurpare id possumus, quod dicitur, *in l. nec vtilem ff. ex quib. caus. Maior.* non posse intelligi amissum, quod oblatum alteri non est. Quod eo magis dicendum, quia videmus legem studere, vt quantum fieri potest, possessionem, quam semel acquisiuimus nobis conser-
12 uet. Ideo animo possessionem retineri induxit, *l. licet. iuncta l. nemo ambigit, C. de acq. poss.* alioqui cum in facto, & detentione consistat possessio, miserrimi possessores essent, qui fundo addicti nunquàm discedere possent: quinimò si possessio interpretatione non adiuuaretur, non solùm plures fundos possidere non possemus, verum nec vnum, sed eum duntaxat locum, quem corpore occuparemus, & ad maxima incommoda res
13 redigeretur. Idcirco † videmus, si quis thesaurum infra terram condiderit, nec memoria repetat locum, in quo deposuit, non tamen statim amittere eum possessionem, sed retinere, *l. peregrè in prin. ff. de acq. poss.* quamuis enim possidere eum intelligere non possimus, qui potestatem facti non habet rem apprehendendi, si velit, *l. 3 §. Nerua ff. eod. Tit.* cum possessio, vt dixi, facti sit, tamen cessat interim diligens inquisitio, vt dici-
14 tur, *in d. §. Nerua.* Alioqui † dicendum esset nos statim seruorum illorum amittere possessionem, quos non videmus, ideoq ignoramus vbi sint, quod sicuti maximè incommodum, ità absurdum esset,
15 *d. l. peregrè in princ.* Hac † ratione, si rem immobilem possideamus, & nobis absentibus aliquis eius rei possessionem occupauerit, non statim nos desinimus possidere, sed ità demum si accedentes deiecti simus, vel accedere non audeamus, *d. l. Clam. §. fin. l. si id quod §. fin. ff. de acq. poss.* Nempè quia, ità facilius conseruatur possessio, quæ alioqui interrumperetur, si statim possidere is intelligeretur,
16 qui in fundum fuit ingressus. Ideoq. † lex præsumit nos finibus illum expulsuros, qui possessionem nostram occupauit. *l. quod meo §. fin. ff. eod. Tit.* Idq. vtilitatis causa, *quia vtilius visum est d. l. si id quod*
17 *§. fin.* Hac † ratione si cum magna vi fundum meum est ingressus exercitus, ego quidem desino possidere, quia impossibile mihi et exercitum expellere, non tamen intelligor desinere possidere, nisi eã partem, quam occupauit, quamuis facile esset, & in potestate Inimicorum totum meum fundum occupare, *d. l. si id quod §. fin.*

Sic ergo nec debet intelligi possessionem amittere thesauri, qui in fundo alieno pecuniam deposuit, donec dominus fundi illum corporaliter occupet: nec solus animus ad possessionem acquirendã sufficiet, & adimendam ei, qui custodiã terræ credidit; quod fieri possit, vt nunquàm thesaurus à domino fundi corporaliter occupetur, vel quia is antè veniat, qui thesaurũ condidit, vel quilibet alius,
18 qui thesaurum auferat. Hac † ratione videmus plurimùm interesse, vtrum agatur de acquirenda possessione, & dominio feræ, an verò de retinenda possessione, quam semel occupauimus. Primo casu non aliter possessionem acquirimus, quàm si corpore nanciscamur; nec sufficit feram vulneratam, & in conspectũ nostro esse, vt facilè eam occupare possimus, nàm adhuc nostram non facimus, quod multa accidere possint, vt non capiamus, *§. Illud quæsitum Inst. Tit. de rer.*

diuij. Secundo casu, donec feram persequimur, & in cōspectu nostro est, ità vt facilis sit persecutio, dominium, & possessionem eius ferę retinemus, §. *fera in fin. Inst. Tit. eod.* Cur hæc tàm variè? Nempè quia primo casu nos contendimus dominium acquirere, & possessionem, & libertatem feræ adimere, quam nō nisi frustrà intelligeremur quæsiuisse, & respectiuè ademisse, donec fieri posset, vt nunquam feram illam occuparemus. Secundo casu fera contendit se in naturalem libertatem vindicare: Nos possessionem retinere. Cur antea dicetur, rei statum mutatum, quam appareat in nostra potestate feram esse desijsse? Cur vero dicetur potestatem nostram euasisse, dum adhuc persequimur, & facile possumus eam apprehendere, ità vt incertum adhuc sit, an nostram potestatem sit euasura?

Sic ergo, & in casu nostro, is, qui thesaurum deposuit, illum possidet, & sub custodia sua habet: terra enim donec aliquis auferat, ei, qui deposuit, thesaurum seruat. Si dominus fundi velit possessionem eius acquirere: quæ corpore acquiritur: non sat est, vt animum habeat acquirendi, sed prӕterea opus est, vt loco moueat; aliòqui si loco non mouerit, animus non sufficit, eo magis quia agitur de adimenda possessione priori domino, & possessori, cui frustra dicemus ademptam, donec occupata ab alio possessio non sit, maximè dum adhuc fieri possit, vt non occupetur. Nec quid facit in potestate domini fundi esse, thesaurū corporaliter apprehendere, vt ideo sub eius custodia esse videatur, *ex d.l. 3. §. Nerua.* Nàm textus ille locum habet in eo, qui semel rem in suam potestatem redegit, eiusq. possessionem acquisiuit, qui rei custodiam dicitur retinere donec potestatem habet eius rei corporalem possessionem apprehendendi, vt ex eodem contextu aperte satis colligitur. At in casu nostro dominus fundi possessionem thesauri nunquàm est adeptus, ergo non potest dici illum sub sua custodia habere. Si sub sua custodia haberet, posset solo animo possessionem nancisci, vt supra diximus. At quia sub sua custodia non habet, iure merito Sabinianorum sententiam Paulus probauit, nempè fundi dominum solo animo possidere thesaurum non posse, nisi prӕterea eumdem loco mouerit: tunc enim sibi quęsita possessione, & custodia, necesse est primum possessorem desinere possidere, etiam ignorantem, quod † rerum mobilium omissa custodia damnum possessionis afferat. *d.l. si rem mobilem 47. ff. de acq. poss.* 19

Ad l. Çum æs §. 1. ff. de Furtis. Cap. VI.

SVMMARIVM.

Fvrtum committit dominus, qui rem suam bona fidei emptori surripit, n.1.

Furtum non fit nisi cum affectu lucri, & quidem proprij, n.2.

Dominus, qui seruum suum bonę fidei possessori abduxit, non possidet clàm, n.3.

Qui rem alienam surripit existimans suam esse, furtum non facit. n.4.

Emptor, qui pretio soluto, venditori rem emptam surripit, furtum non committit. n.5.

Iniustus tamen possessor & prӕdo est. num.6.

Creditor, rem sibi pignori datam surripiens, furti non tenetur. n.7.

Dominus, qui rem suam surripit illi, cui donata fuerat, furti non tenetur. n.8.

Malæ fidei possessor impensas, quas in re facit, donare dicitur. n.9.

Interdum etiam furi, furti datur actio. n.10.

Dominus rem suam surripiens ei, qui mala fide eam comparauit, furti non tenetur. n.11.

Possessio rei meæ ad bonę fidei possessorem pertinet. n.12.

Nemo sibi Ius dicere debet. n.13.

Creditor, aduersus conuentionem distrahens pignus, vt ex pretio sibi satisfaciat, furtum facit. n.14.

Qui indicati bona, propria auctoritate distrahit, furtum committit. n.15.

Furtum dominus rei facit, vitiosè tamen non possidet. n.16.

Quæ ratio sit, cur dominus clam non possideat, qui clam rem suam abduxit. n.17.

Domi

Dominus, qui rem suam precario rogat, vel conducit, neq. ex precario, neq. ex conductione tenetur. n.18.

Res mea mihi seruire non potest. n.19. Nec potest amplius mea fieri. 20.

Is, qui ius habet faciendi, clàm facit. n.21.

Dominus, qui deijcit possidentem tenetur Interdicto Vnde vi. n.22.

In quo differat clandestina possessio à violenta. n.23.

Delictum est excludendum. n.24.

Explicatur textus, in l. Vulgaris §. Sed & si quis ff. de Furtis. *n.25.*

Ex mixtione pecuniç alienæ acquiritur dominium. n.26.

Furti actio non datur, nisi ei, cuius interest. n.27.

Creditor, rem sibi pignori datam, possidet. n.28.

Interesse videtur eius, qui lucrum, quod facere potuisset non fecit. n.29 Id tamen interesse in actione furti non consideratur. n.30.

Non potest intelligi amitti, quod prius quęsitum non est. n.31.

Cur in actione furti veniat æstimatio hereditatis, quam seruus subrepeus adire potuisset. n.32.

Præscriptio iniquum dicitur præsidium, improba temporis allegatio. n.33.

Vt agat quis de euictione, oportet rem iudicio euictam esse. n.34.

Actio semel ex furto nata, ex post facto non extinguitur. n.35.

Si actio furti ab initio ex contrectatione nō nascatur ex post facto non nascitur. Explicatur l. rem mihi 21. ff. commod. & l. qui tabulas 27. in prin. ff. de Furt. *n.36.*

Nulli actio ex improbitate sua concedenda. n.37.

Dominus, qui rem suam surripit, existimans domino id licere furti non tenetur, & cur. n.38.

1 OCcurrit † nunc mihi textus, *in l. cū as §. 1. ff. de Furtis*, in quo respondetur furtum committere dominum si rem suam bonæ fidei emptori surripiat. Quod quidem responsum repugnare videtur, & furti substantiæ, & mul-
2 tis alijs iuris locis. Nàm † si furti definitionem inspiciamus: docemur non aliter furtum fieri, quàm si quis rem contrectet, lucri faciendi causa, *l. 1. §. fin. ff. de furt. §. 1. Inst. Tit. de ob ig. quæ ex del. nasc.* & quidem ità, vt lucrum proprium, quis affectet. Vnde, si mulier, diuortij causa, iusserit seruo suo res mariti amouere, seruus amouendo furtum non facit. *l. si mulier 21. §. 1. ff. rer. amot.* vbi ratio redditur hæc, quoniam seruus nihil sui lucri causa contrectat, ergo furtum non facit. Imò, nec videri potest furtum facienti mulieri opem ferre, cùm mulier & ipsa, quę nihil contrectat furtum non faciat. In proposito non potest videri dominus lucri causa rem suam surripere: non enim aliquid lucrari intelligi potest, qui suum, & quod sibi aberat, recepit, cùm hæc opponantur sibi abesse, & lucrari posse. *l. si commissa 13. ff. rem ratam haberi.*
3 Et † verò si dominus seruum suum bonæ fidei emptori clàm abduxerit, nō ideo videtur clàm possidere. *l. si de eo §. fin. ff. de acq. poss* ergo nec videbitur suæ rei fur-
4 tum facere, cum † imò etiam si quis rem alienam surripiat, existimans tamen suā esse, furtum non faciat. *l. vulgaris §. sed et si quis ff. de Furt.* Si itaq. opinio surripientis, etiam falsa à furto illum excusat, multò màgis veritas excusabit, nec intelligetur dominus rei suę furtum facere.
5 Confirmatur † quia si emptor pretium rei emptæ soluerit, quoniā res periculo, & comodo eius est, *§. cum autem Inst. Tit. de empt. & vend.* illam surripiendo furtū non committit, *l. cum qui §. 1. ff. de furt.* & tamen res illa, ante traditionem, alie-
6 na est; Ita vt † emptor eam occupando iniustus possessor, & prædo fiat. *l. si ex stipulatione ff. de acq. poss* Multò igitur minùs furtum faciet dominus rem suam surripiendo, qui non ideo iniustus possessor est, *d. l. Si de eo §. fin. ff. de acq. poss.*
7 Similiter † creditor rem sibi pignoratam surripiens furti non tenetur, *l. cum creditor §. ff. de furt.* Nullus tamen ignorat longe plus iuris in re sua dominum habere, quàm habeat creditor in re pignora-
8 ta. Et † dominum rem suam surripiendo furtum non facere, aperte probat textus, *in l. qui iniuria §. fin. ff. de Furt.* vbi dicitur furti non teneri eum, qui rem suam surripit illi, cui donata fuerat; nisi ille, propter impensas, vel ex alia iusta causa retine-

9 retinere eam potuisset. Ex quo † intelligimus bonæ fidei possessorem hunc fuisse, alioqui impensas repetere non posset, quas donasse censeretur. *l. si seruus seruũ §. si oliuam ff. ad leg. Aquil. §. ex diuerso Inst. Tit. de rer. diuis.* Quod si dominus surripiendo ei, qui bona fide emit furti teneretur: nulla ratio esset, cur non teneretur, & ei, qui mala fide emisset; nam & huius propria possessio est, & æquè huius interest, quod pretium ei absit: & honesta nititur causa, cum tacita mala fide, iustum titulum suæ possessionis possit al-
10 legare: quo † casu etiam furi furti actio datur, *l. qui vas §. si ego ff. de Furt.* Et ta-
11 men † dum id requiritur, vt dominus furti teneatur possessorem bona fide emisse, *d. l. cum as §. 1. l. Furtiuam l. si quis vxori, §. sed & si rem ff. de furt.* satis innuitur dominum non teneri, si possessor rem mala fide comparauerit.

Verissima tamen est decisio nostri cõtextus. Nàm & dominus rem, quam surripit contrectat, & contrectando posses-
12 sionem interuertit, quæ † quidem possessio aliena est, & ad bonæ fidei possessorẽ pertinet, *l. si aliquam 28. ff. de acq. poss.* Et id facit sui lucri causa, ergo furtum cõmittit, vt ex ipsa furti definitione conuincitur. Lucrum autem domini in eo consistit, quod propria authoritate rem suã apprehendat, cum id deberet per iudicẽ, vel ius dicentem. Nemo † enim sibi ius dicere debet, *l. extat. ff. quod met. caus. l. Vnica C. ne quis in sua caus. iu. ssc. l. 1. in prin. ff. quod leg. gat. l. non est singulis 176. ff. de reg. iur.* Cum itàq. commodi sui causa proprio facto, propria auctoritate, alienam possessionem dominus interuertat, furtum facit. Nàm in definitione furti lucrum accipitur pro omni commodo, quod affectat contrectans, vt probauimus
14 supra Cap. 4. Et † confirmatur, *ex l. 4. ff. de pignor. act.* vbi creditor distrahens pignus aduersus conuentionem, vt ex pretio sibi satisfaciat, furtum facit, & tamen non videtur habere animum lucri, qui vult suum sibi recipere. Sed verùm est illum distrahere sui commodi causa, vt pecuniam recipiat fortè citius: & quidem inuito domino rem alienam contrectat,
15 ergo furtum facit. Similis † textus, *in l. Miles §. pen. ff. de re iudic.* vbi qui iudicati bona propria authoritate distrahit furti tenetur. Nempè eadem ratione, quia sui commodi causa, res alienas contrectat, non seruatis his, quæ iure requiruntur, nec legitimis adhibitis remedijs.

Non obstat, *l. Si de eo § fin. ff. de acq.*
16 *poss.* Nam † stant hæc simul, vt dominus furtum rei faciat, vitio se tamen non possideat, vt constat ex eo, quòd si debitor pignori rem datam surripiat, furti actione tenetur: res tamen ipsa vsucapi potest, *l. 4. § si rem pignori ff. de Vsucap. l. si rem. §. ff. pro emptore.* Idem contingit in casu nostro, vt probatur ex hoc ipso contextu, quem explicamus. Quamuis enim dominus rem suam bonæ fidei emptori surripiendo furtum faciat, tamen dicitur posse rem vsucapi, quasi nec furtiua sit. Ratio autem est, quoniam furtum ille facit, qui contrectat rem alienam sui commodi causa. Id facit dominus rem suam surripiens, ergo furti actione tenetur. Rem tamen postquàm surripuit, tanquam dominus tenet, & iure dominij; Postquàm rem habet, non tenet ex furto, sed iure sui dominij, ergo res illa, quasi nec fur-
17 tiua sit vsucapi poterit. Hæc † eadem ratio est, cur clàm possidere non videatur dominus, qui rem suam clàm abduxit, nempe quia, licèt clàm fecerit, & clàm possessionem apprehenderit, vt constat, *ex l. clàm ff. de acq. poss. l. prohibere §. pen. & fin. & l. seq. ff. quod vi aut clàm.* (Nàm potuit, & debuit intelligere possessorem prohibiturum, si sciuisset, & eo præsente, ipse abstulisset) tamen possidet iure suo, & cùm iure possideat, fieri nõ potest, vt clandestinè, idest iniustè possideat, *l. communi §. inter prædones ff. comm. diuid.* Non enim stare simul potest iusta possessio cum clandestina, *l. pen. ff. pro suo.* Sicuti † enim si dominus
18 precario roget rem suam, vel conducat, non tamen ex precario, vel conductione tenet rem ipsam, licèt verum sit precariò rogasse, vel conduxisse, *d. l. si de eo §. fin. ff. de acq. poss. l. qui rem ff. depos. l. et à quo ff. de Vsucap.* Ità licèt verum sit clàm dominum possessionem apprehendisse, tamen non possidet clàm: quæ enim ratio exclu-

excludit precarium, & conductionem, eadem vitium clandestinitatis excludit. Non potest dominus ex precario rem suam, vel conductione habere, quia fieri non potest, vt qui iure dominij rem habet, eaq. vtitur, & vti potest, is ideo vti possit, quod res precario sit concessa, vel conducta. Non indiget aliena concessione, qui iure suo rem habet. Imò nec considerari potest mihi cōcedi, quod

19 meo iure facere possum. Et hæc † ratio est cur res mea seruire mihi non possit, *l. in re communi ff. de seruit. vrban. præd.*

20 *l. 5. ff. si vsusfr. pet.* Et † cur dominium, quod habeo, acquirere rursus non possim, *§ sic itaq. Inst. Tit. de Act.* Sic etiam non potest vitiosè vti re sua, & iniustè possidere, qui summum ius in ea habet, & iure dominij omnia facere potest.

21 Nec † obstat, quòd & is, qui ius habet faciendi, clàm facit, & de clandestino opere tenetur, *l. 1. §. & parui ff. quod vi*

22 *aut clam.* Sicuti † etiam, & dominus, qui vi deiecit possidentem, tenetur interdicto vnde vi, *l. 4. §. si dominus ff. de Vsucap.* Nam interdicta illa notant factum, non considerant quo iure factum sit, aut quo iure quis post factum possideat. Si factum inspiciamus clàm sine dubio seruū abduxit, & possessionem apprehendit, qui possidentem celauit; non tamen tenetur de clandestina possessione, quia vitium hoc rei dominium purgat, & respuit. Et quamuis illicitè fecerit, cum possessionem propria authoritate apprehenderit, tamen postquàm apprehendit, licitè, & iustè iure dominij possidet. Illis interdictis tenentur & dominus, qui vi deiecit, & qui ius faciendi habuit, quoniam verum est vi, vel clàm fecisse, factum verò illud puniunt ea interdicta. At nullum interdictum est, quod domino rem suam auferat, quam clàm occupauit; licet enim ab initio clàm fecerit, clàm tamen non possidet. Itaq. ex iuris principijs respondetur de clandestina possessione hunc non teneri, quod clandestinæ possessionis vitium dominium purget, & respuat, ex quo iure suo, rem tenet, & possidet, qui illam clàm abdu-

23 xerat. Et hęc vera ratio est distinguendi cautā violentę possessionis à clandestina, non quam affert Cuiacius, *in d. l. si de eo §. fin. ff. de acq. poss. ad Afric.* quod scilicet qui deijcit velit tantum possessionem à re distinctam, qui verò clàm rem abducit velit rem ipsam. Namq. nulla idonea ratio afferri potest, cur solam possessionem velit, qui deijcit; cum imò dicere possit, (& ità credendum est) deijcere se, vt rem suam habeat; sem-

24 per † enim quantum fieri potest delictum est excludendum, vulgata. *l. merito ff. Pro socio.* potius ergo existimandum est velle quem rem suam recipere, quam alienam possessionem solam captare.

25 Non † obstat *l. vulgaris § Sed & si quis ff. de Furt.* Nam textus ille intelligendus est de eo, qui surripit à depositario sacculos, de quo paulò ante Iuris Consultus fuerat locutus, vel pocula à commodatario; qui enim ab his surripit, non habet affectum furandi. Sicut enim is non teneretur, si verè dominus esset, quoniam surripiendo, & suum reciperet, & illos ea actione liberaret, qua sibi tenebantur, *l. is qui rem 59 ff. de Furt.* Ità nec tenetur, licet dominus non sit, quia sine affectu furandi furtum non fit, *§. placuit Inst. Tit. de oblig. quæ ex delic. nasc.* De his autem §. illum esse intelligendum suadetur, quoniam vix est, vt quis possit existimare sacculum pecuniæ suum esse, nisi enim credat dedisse, vt custodiretur. Alioqui si ea pecunia esset, quę subrepta, vel quoquo modo intercepta ei esset, quomodo posset contingere, vt eadem perueniret ad bonæ fidei possessorem,

26 ità vt à nullo intermixta (quæ † sola intermixtio sufficit, vt miscenti acquiratur dominium, *l. si alieni 78. ff. de solut.*) fuisset semper in eodem saculo asseruata? Aut qua ratione dominus scire, aut persuadere sibi posset eadem corpora nummorum esse? Itaq. hunc casum sanè perdifficilem, & ferè impossibilem, non cogitauit Iurisconsultus, sed locutus est de eo, qui à depositario sacculum, à commodatario (vt casus similes sint) vel etiā depositario poculum, quod suum existimabat surripuit; is enim furtum non facit.

Ad textum *in l. eum qui §. 1. ff. de Furt.* respon-

respondeo furti non teneri emptorem eo casu, quia venditoris non interest, qui
27 pretium sibi debitum recepit: furti † autem actio non datur nisi ei, cuius interest, *§. furti autem actio Inst. Tit. de oblig. qua ex delic. nasc.* Dices, adhuc venditor rei, quam non tradidit dominus est, qui posset malle rem ipsam retinere, & emptori soluere interesse, *l. 1. ff. de act. empt.* posset verò venditor allegare sua magis interesse rem illam habere. Respondeo, omissa quæstione illa, an venditor cogi possit præcisè ad tradendum, & etiam alia omni responsione omissa, eum, cuius interest, tunc agere posse, cum ex honesta causa interest, *l. tum is 11. ff. de Furt.* Honestam autem causam non allegaret, qui diceret sua interesse conuentionem non seruare, & fidem fallere.

Quod dicebatur de creditore, qui rem sibi pignoratam auferens, furti non tene-
28 tur, nullius est momenti. Nàm † cum ad istum pignoris possessio spectet. *l. Serui nomine 16. ff. de Vsucap. l. 1. § per seruum ff. de acq. poss.* si suam possessionem precario fortè concessam, *vt in l. qui pignori ff. de acq. poss.* sibi recipiat, nihil alienum contrectat, nec contrectando alienam possessionem intercipit, ergo non mirum, si furtum non faciat.

Similiter non obstat textus, *in l. qui iniuria, §. fin.* Nàm ad hoc vt furti possit agi, necesse est, vt eius intersit, qui agit, & cui res fuit subrepta. At verò donatarii non interest, saltem quantum pertinet ad actionem furti obtinendam:
29 licet † enim interesse videatur eius, qui lucrum facturus erat, *l. si commissa ff. rem rat. hab*
30 tamen † in actione furti interesse ità demùm videtur, si damnum is sentiat, cui res ex furto salua non est: non si lucrum ei præripiatur, quod facturus fuisset re non intercepta, quoniam scilicet illam fuisset vsucapturus, *l. si is cui commodata, §. 1. ff. de Furt.* Qua ratione is, qui pro hærede possidet, quoniam titulum habet lucratiuum, si res surripiatur agere non potest, quamuis vsucapere potuisset, si surrepta non esset, *d. §. fin.* Neq. enim lucrum ei adimi ex furto videtur,
31 quod nondum obuenit, sicuti † nec quid potest intelligi amitti, quod prius quæsitum non est, *l. non videntur 83. ff. de reg. Iur. l. 1. §. 1. ff. quib. mod. vsusf. amit.*

32 Diuersum † est quod respondetur in *l. si quis vxori §. si seruus ff. de Furt.* vbi si seruus surreptus, qui hæres institutus fuisset, decesserit apud furem, vt iussu domini adire hæreditatem non potuerit, fur etiam pretium hæreditatis domino soluit, & tamen hæreditatem dominus non acquisiuerat, sed titulo lucratiuo habiturus erat, si seruus adiuisset. Nàm hoc casu damni, non lucri fit æstimatio. Domino enim seruus abest, cui causa illa hęreditatis cohærebat, vt loquitur Iurisconsultus, *in l. proinde 22. §. 1. iuncta l. seq. ff. ad l. Aquil.* In æstimando ipso corpore serui, ratio etiam hæreditatis habenda est, quasi hæreditas illa sit accessio eius corporis, quod quidem ex eo pretiosius erat. Quamobrem etiam si seruus ille condicatur in æstimatione venit hæreditas *d. l. si quis vxori §. si seruus, & l. si condicatur ff. de condic. furt.* Vnde est appellatione damni venire eam hæreditatem, quam dominus non potuit acquirere ob seruum peremptum, qui hæres fuerat institutus. *§. illud Inst. Tit. de l. Aquil.* quia scilicet non venit hæreditas, vt quid separatum, sed tanquàm accessio, & pars serui, in quo verum est dominum damnum pati. Præterea nec causa hęc cùm Vsucapione comparanda. Hic enim ex domini voluntate hęreditas seruo delata est, & ità vt nuda voluntate eam acquirere possit: ibi Vsus dumtaxat statuti temporis dominis res suas eri-
33 pit, & quidem inuitis, vt † meritò vsucapio, siue præscriptio iniquum dicatur præsidium, improba temporis allegatio. *Auth. Vt Eccl. Rom. cent. ann. gaud. præscript.*

In nostro contextu interest bonæ fidei emptoris rem sibi saluam esse, quia pretium sibi abest quod soluit; & quod re sibi subrepta recuperare non potest, cùm † imò ad hunc effectum requiratur iudicio rem euictam esse, *l. euicta re §. 1. l. seruus ff. de euict.* & ex ipso furto id damnum sentit. Et licet postea aliunde pretium suum posset recuperare, & sic am-
35 plius eius non interesset, tamen † actio semel ex ipso furto nata, non extinguitur, *l. inter omnes in prin. ff. de Furt.* sicu-
36 ti † è contra, si ex ipso furto, ex ipsa amotione

tione

tione ab initio non intersit eius, cui res surripitur, quamuis aliundè intersit, non tamen furti agi potest. Et hinc fit, quòd si dominus rem suam commodatario surripuerit, inde egerit commodati, & reus fuerit condemnatus, quod nescierit à domino, eodemq. actore surreptam, non tamen commodatario furti actio competit. *l. rem mihi 21. ff. commod.* Ratio est, quia statim atq. dominus rem suam surripit commodatario, ex furto non obligatur, vtpotè cum suum recipiat, & commodatarium liberet commodati actione. *l. si is, qui rem 59 ff. de Furt.* ergo actio, quæ ab initio ex ipso furto nata nõ est, non potest postea aliundè, ex eo scilicet, quòd dominus commodati agit, quasi rem suam non receperit, proficisci. *l. Serui 17. §. 1. ff. de Furt.* Et quamuis hoc ipso videatur commodatarij interesse rẽ surreptam, quia possit dominus quasi re non recepta commodati agere, vt hac ratione videatur furti agere posse, exemplo eius quod respondetur. *in l. qui tabulas 27. in prin. ff. de Furt.* vbi si debitor tabulas creditori surripuerit, licèt eæ inanes sint, quia euacuata sit per solutionem obligatio (vt loquitur Imperator Gordianus, *in l. nihil interest 4. C. de solut.*) tamen quia interest creditoris tabulas habere, cum interdum calumnientur debitores asserentes soluisse nullo debito præexistente, petantq. sibi indebitè solutum restitui, eoq nomine creditor, qui debitum sibi fuisse, ostendere non potest, condemnetur: ideo creditor ob tabulas surreptas furti agit, & ad id, quod sua interest, calumnias illas excludere; vt non solum tabularum fiat æstimatio, sed & eius, quod interest, debitum illud probare posse, ne per condictionem indebiti, solutum à debitore repetatur. Tamen animaduertendum est, priùs esse vt furtum factum sit, quàm vt furti agi possit ad interesse. Commodatarius re sibi à domino surrepta furti non agit (licèt sua interesse posset surreptam non esse, quod posset dominus calumniari, & rem suam commodati iudicio repetere) quia dominus rem suam surripiendo, furtum non facit, vt supra diximus: dominus enim, qui rem commodatario surripit, ex amotione ipsa nullum lucrum captat: lucrari tunc vult, cùm rem iudicio commodati repetit, ergo, cum surripit, nullum facit furtum: cum petit, non potest actio furti, quæ ex amotione orta non est, ex post facto induci. Imò, & si cum surripit, animum haberet lucrandi ex futura petitione, furtum tamen non committeret, non solùm quia nondum peteret, & fieri posset, vt pœniteret, & nunquam postea peteret; sed quia, vt furtum fiat, ex contrectatione ipsa, non ex alio facto, lucrum sperare oportet, qui surripit, vt ostendit furti definitio. Ergo furti nullo modo agere potest commodatarius: quamuis enim ob rem à domino amotam incipiat eius interesse, tamen non interest ob furtum factum, ergo illud, quod interest, non potest furti actione consequi. Diuersum omninò est illud, quod legitur. *in d. l. qui tabulas*. Ibi debitor surripiendo tabulas furtum earum facit, cùm eę in dominio creditoris sint, prout sunt litteræ quęuis, quæ alicui sui causa mittuntur. *l. pen. in prin. ff. de acq. rer. dom.* Et hac ratione à debitore condictione sine causa repetuntur, quasi causa ob quam datæ sunt, finita sit. *l. Dissoluta C. de cond. ex leg. l. fin. C. de solut.* Cum igitur furtum tabularum fiat, iure creditor furti actione petere potest quid quid sua interest, tabulas surreptas non esse. Quia verò, & ea ratione interest, quòd possit debitor calumniari, & quasi indebitè soluerit, repetere, etiam illius interesse fit æstimatio.

Tandem non obstat quod vltimo loco obijciebatur, etiam malæ fidei emptorem furti aduersus dominum acturum, cuius etiam interest ratione pretij, quod ei abest, & qui iustam causam allegat, nempè emptionem, venditionem. Nam dico res alienas scienter comparare honestum non esse: Nec ex improbitate sua
37 cuiq. actionem concedendam; ideo malæ fidei possessor furti non agit. *l. itaq. fullo §. 1. ff. de Furt.* Non potest verò possessor iste malę fidei ab emptione malam fidem separare, quæ ei iuncta fuerat, & iniustam posidendi causam dederat.

Separat à iusta causa, quam habet fullo agendi, furtum, quod commisit, *in d. l. si vas. §. si ego*, quia cum causa illa nihil commune habet furtum, quod idem cõmisit rem alij commodando. Ad custodiam tenetur fullo ex contractu locationis, conductionis: tenetur verò furti ex eo, quòd postea vestimentum, quod poliendum acceperat, alteri commodauit: Factum quod sequitur improbum est, quod tamen non vitiat, neq. improbum, & inhonestum constituit contractum locationis, conductionis, qui præcesserat, ex quo ad custodiam fullo tenetur, cuius intuitu furti habet actionem.

His itaq. sublatis constat furti teneri dominum, qui rem suam bonæ fidei possessori surripit iuxtà decisionem, *d. l. cum ex §. 1. ff. de Furt.*

18 Vnica † tamen limitatio hic subijcienda, si dominus rem suam surriperet, existimans domino id licere. Nam hoc casu furtum non committeret, sicuti nec actione bonorum raptorum teneretur. *§. Ita tamen Inst. Tit. de vi bon. rapt.* Ratio autem est, quia furtum sine dolo committi non potest, *l. in furti §. rectè. ff. de Furt.* dolo autem non facit, qui in iure errat. *§. item si is, ad quem Inst. Tit. de Vsucap.*

Explicantur l. 3. §. Item videamus, & §. Labeo ff. Vti poss. Cap. VII.

SVMMARIVM.

D*Octores communiter non bene hos §. §. explicant. n. 1.*

Iacobus Cuiacius textum emendat. n. 2.

Auctor hos §. §. explicat. n. 3. & seq.

Interdictum vti possidetis datur inter illos, qui eumdem rem possidere contendunt. n. 4.

Qui solum habet vsq. ad Cælum liberum habere debet. n. 5.

Tollitur obiectio ex §. Item videamus si auctor, d. l. 3. n. 6.

1 DOctores † nostri non satis videntur intellexisse, quid sibi voluerit Iurisconsultus Vlpianus in his §. §. In eo verò, quod intellexerunt laborarunt valdè, vt congruam interpretationem, & decisionis rationem afferrent, vt constat ex multis Glossæ expositionibus. *ad d. §. Item videamus in verbo. relatum.* Neq. enim potuit Glossa intelligere qua ratione si controuersia sit inter eum, qui proiectum habet supra vicini solum, & dominum, eumdemq. possessorem soli; istorum neuter interdicto, *vti possidetis*, vti possit, aut vtatur inutiliter. Multo autem minus intellexit *§. Labeo*, quem tanquàm præcedenti §. contrarium frustra studuit conciliare.

2 Iacobus † Cuiacus *lib. 5. obseruat. Cap. 22.* existimauit textum emendandum, & *in d. § item videamus*, vbi interdictum dicitur, *vtriq. esse inutile* legendum contendit *vtile*; quod ea probat ratione; quia cum possidenti interdictum *vti possidetis* competat, non potuit non vtriq. illud interdictum vtile, & efficax esse, ex sententia Cassij, & qui Cassium refert, Vlpiani, cùm vterq. dicatur possidere. Imò cùm ratio illa reddatur superioris decisionis, *quia alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem*, intelligendum necessariò est supra decisum, vtrumq. eo interdicto agere posse. Hanc verò suam emendationem confirmat Cuiacius, ex confirmatione Labeonis, quæ sequitur *in §. Labeo*. Vlpianus enim Cassij sententiam confirmat ex eo, quòd Labeo dicebat, si ex ædibus meis in ædes tuas proiectum habeo, & mihi interdictum dari, & tibi: quod sit tanquàm simile ei, quod Cassius tradidit, subijcit Vlpianus; quod Labeo scripserat (prout ostendunt ea verba *Labeo quoq. scribit*) oportet Cassium dixisse, vtriq. vtile interdictum esse: alioqui Vlpianus dicere debuisset *Labeo contrà scribit*, cùm si Cassius dixisset, vtriq. inutile interdictum esse, vtiq. traditio Labeonis, esset sententiæ Cassij contraria, prout retenta lectione, quæ vbiq. habetur in omnibus Codicibus, & indubitata est, omnes communiter hos §. §. contrarios existimant.

Ego

3 Ego verò, & retinendam lectionem verissimam, & certissimam, & quæ vbiq. constanter habetur, & decisionem optimam esse, nullamq. in eis §§. contrarietatem esse, existimo.

Nàm *in §. item videamus* quærit Vlpianus, si quæstio sit de proiecto supra solum vicini, illudq. dicatur non iure haberi, an Interdictum, *vti possidetis* alteri aduersus alterum vtile sit. Et respondet apud Casium relatum vtriq. esse inutile: rationem subdit, quia *alter solum possidet, alter cum ædibus superficiem*.

4 Optima decisio est: nam † ad hoc vt illud Interdictum vtile sit, necesse est de eadem re, de eodem loco contentio sit, & quisq. eamdem rem possidere contendat, *§. retinendæ Inst. Tit. de Interd. l. 1. §. inter litigatores ff. vti poss.* cùm ex eo Interdicto decidendum sit quis potior sit. At in casu proposito vicinus possidet solum: dominus ædium ædes possidet cum vniuersa superficie, & sic, & illam partem possidet, quæ supra solum alienum proiecta est. Si ergo horum quisq. Interdictum *vti possidetis* proponat, & contendat possessionem retinere, non plus obtinere poterit, quàm vt ille soli possessionem retineat, quod possidet; hic verò retineat possessionem ædium cum superficie, ergo neuter quidquam obtinebit, quod antea non haberet, & sic inutiliter interdicet. Soli enim dominus id vellet ex eo Interdicto, vt proiectum, quasi non iure habeatur, tolleretur. Ex interdicto autem *vti possidetis* quæstio proprietatis non deciditur, sed possessionis tantum, cum imò præparatorium sit ad proprietatis quæstionem, *d. §. retinendæ Inst. Tit. de Interd.* Nec verò occasione suæ possessionis consequi potest dominus soli, vt proiectum tollatur, quod supra solum est, nam hic non aliud possidet, quàm solum, proiectum verò possidet dominus ædium, si ergo cuiq. sua possessio seruanda, proiectum manere debet. Animaduertendũ namq. est, in hoc §. proponi dominum ædium proiectum habere, & ędes cum proiecto possidere. Itaq. vt proiectum tollatur inutilis est possessionis quęstio, sed causa proprietatis agenda est. Aliud esset si dominus ædium proiectum non haberet, sed vellet supra vicini solum ædes protẽdere, nam quia hoc casu dominus ædium, proiectum non possideret, sed vellet possessionem proiciendo acquirere, turbaret

5 dominum soli in sua possessione, qui † solum vsq. ad Cœlum liberum habere debet *l. 1. in prin. ff. de seruit. Vrb. præd. l. fin. §. pen. ff. quod vi, aut clam*, ideoq. ille rectè aget interdicto *vti possidetis* ad hoc scilicet, vt in sua possessione conseruaretur, & eo modo deinceps possidere sibi concederetur, quo antea possidebat: & consequẽter intenderet nõ licere domino ædium supra sui solum proijcere, & per illud interdictũ consequeretur vicinũ supra sui solum nihil innouare. At si dominus ædiũ proiectũ iam habeat, & possideat, domino soli inutile hoc Interdictum. Inutile etiã est domino ędium, quamuis enim per hoc interdictũ videatur consequi, vt ędes possideat, prout sunt, & ità cũ proiecto, quod habent supra alterius solum: tamen inutile interdictũ est ad id, quod agitur. Ponit enim Vlpian. quęstionẽ de proiecto esse, an iure habeatur. Si ergo dominus ędiũ contendat iure proiectũ habere ad hunc finẽ, vt declaretur id idem quod intẽdit, videlicet proiectũ iure habere, frustra interdicet, nã ex interdicto consequetur, vt maneat in possessione, nõ vt decidatur proprietatis quęstio, & pronũcietur proiectũ illum iure habere, ergo tùm dominus soli, tùm ędium dominus, inutiliter Interdictum *vti possidetis* intentabunt, vt ex Cassij sententia probat Vlpianus.

Quam quidem sententiam authoritate Labeonis idem Vlpianus confirmat, *in §. Labeo*. Qui quidem Labeo, vt magis ostendat, in casu proposito, vtriq. inutile Interdictum, rem ad absurdum reducit, & demonstrat, quamuis cõcedatur interdicto agi posse in casu proposito, tamẽ inutile fore interdictũ. Id verò ità probat. Pone: Habeo proiectũ ex ædibus meis in ædes tuas. Tu mecũ interdicis, quod possideas eum locum, qui proiecto tegitur. (Illa enim verba, *si eũ locũ possideamus, qui proiecto tegeretur*, verba sunt eius qui interdicit, quibus ex eo, quod possidet solum, & ædes supra quas proiectum est contendit nõ licere vicino proiectũ habere:

quamuis enim prolata sint in plurali, tamen & paulò post in plurali ab aduersario proferuntur illa, *sicuti nunc possidetis eas ædes, ex quibus proiectum est:* ea fortè ratione, quod accomodentur ea verba ad interdictum à Prætore propositum, qui cum inter duos, vel plures contendentes de possessione interdiceret, dixit & ipse, *vti possidetis ità possideatis l. 1. ff. vti possid.* sicuti ad interdictum accomodantur illa: *vt ille vsus est, qui mandato meo emit in l. 3. §. si quis ex mandato ff. de itin. actuq. priuat.* non tamen verba sunt interdicti, nec formulam exprimunt interdicti, vt non benè sentire mihi videtur doctissimus Cuiacius *a. libr. obser. 5. Cap. 22. in fin.* formula enim iudici dabatur, verba autem supra relata proferuntur à partibus; Sed ad Labeonem redeamus. Ostendebat iste, frustra dominum ædium supra quas proiectum fuerat intentare interdictum *vti possidetis*. Nàm si ille dixisset, se possidere locum, qui proiecto tegeretur; & dominus ædium, qui proiectum haberet ad retinendam suam possessionem statim dicere posset, se nunc eas ędes possidere, ex quibus proiectum est, & intendere, vt sibi, sicuti possideret, ita possidere concederetur, & ità idem interdictum, *vti possidetis* intentando reijceret dominum ædium, supra quas proiectum esset, ergo inutile interdictum esset, & quidem vtriq. inutile, quia neuter eorum, quid plus consequeretur, quod antea non haberet, certè ad quæstionem, quæ agebatur, an proiectum iure haberetur omnino ineptum interdictum esset, vt supra explicauimus.

6 Neq. † simile est quod respondetur, *in §. item videamus, si auctor. haec ad. l. 3.* eum, cuius vites transductæ et ant in alienum fundum posse vites transducere, vel præcidere, & si prohibeatur, posse agere eo interdicto; vt idem videatur dicendū in domino soli, si prohibeatur tollere proiectum supra suum solum. Quia in hoc casu dominus soli adhuc vites possidet, quæ pars fundi sunt, & fundo cedunt, cui hærent, possidet fundum ipsum, quem qui colere prohibetur, prohibetur & possidere. At dominus soli proiectum ipsum non possidet, quod imò possidet, dominus ædium; proiecti enim pars ędium est. Ille suam tuetur, & rei suæ possessionem dum fundum colit, & vites præcidit, quæ fundo cohærent, & cedunt. Iste turbaret ædium possessorem, qui cum ædibus proiectum quoq. ponitur possidere. Non mirum igitur, in diuersis diuersam esse decisionem.

De ratione l. Si Pamphilo 10. ff. de Opt. leg. Cap. VIII.

SVMMARIVM.

P*Roponitur facti species, & decisio textus num. 1.*

Legatum seruo, cuius dies cessit, dum adhuc ipse seruus esset, manet apud dominum, licèt postea seruus manumittatur. n. 2. & 31.

Vnicum, an plura sint legata, ex vna, vel ex pluribus cessionibus iudicatur. n. 3.

Legatum, quod semel inutile factum est, non conualescit sublato impedimento, n. 4.

Dominus legatum serui rectè repudiat. n. 5.

Auctor explicat textum. n. 6. & seqq.

Legato homine incertus homo debetur. n. 7.

Legatum hominis est purum. n. 8.

In Legato hominis per vindicationem duplex consideratur legatum, aliud purum, aliud conditionale, n. 9.

Si Testator legauerit Stichum, aut Pamphilum, verùm ipse hæres vellet, ille est in obligatione, quem dare velle semel hæres dixerit. n. 10.

Idem in stipulatione contingit. n. 11.

Qui electionem sibi reseruat certum dicitur stipulari. n. 12.

Explicantur, l. si sic 75. §. pen. ff. de leg. 1. & l. si stipulatus 76. ff. de verb. oblig. *n. 13.*

Dicitur interdum transire ad hæredes obligatio, quę nondum est, sed futura est existente conditione, n. 14.

Homine legato probatur post mortem testatoris nullam induci obligationem ad hominem incertum. n. 15.

Legatum optionis olim erat conditionale. n. 16.

Conditio est adiectio. n. 17.

Explicatur qua ratione legatum hominis simul sit con-

sit conditionale, & purum. n. 18.
Actio contra inuitum intentatur. n. 19.
Legatum vindicationis ad haeredes transibat. n. 20.
Ex contractu conditionali spes debitum iri ad haeredes transmittitur. n. 21.
Legatum conditionale, nisi viuo legatario conditio extiterit, ad haeredes non transmittitur. n. 22.
Contrahentes intelliguntur haeredibus prospicere. n. 23.
Contractus conditionalis ab initio vires capit. n. 24. Ita vt ab eo non possint contrahentes recedere. n. 25.
Si filiusfam. sub conditione stipuletur, licet tempore existentis conditionis repertatur sui iuris, tamen obligatio acquiritur Patri. n. 26.
Cedit interdum dies legati, & nulla legatario acquiritur obligatio. n. 27.
Dies legati puri cedit post mortem testatoris. n. 28.
Stipulatio inutilis est, si ab initio persona non sit, ex qua consistat. n. 29.
Legata illa, quae ad haeredes transmittuntur per seruum domino acquiruntur. n. 30.
Legatum hominis saepè in iure nostro contingitur, cum legato optionis. n. 32.
Optione data seruo, potest ipse liber factus post mortem testatoris optare. n. 33.
Filiofam. vel seruo, optione legata, facultas eligendi non quaeritur patri vel domino. n. 34.
Legati conditionalis dies cedit existente conditione. n. 35.

NEscio an textus aliquis, cuius decisio ab omnibus recepta, in controuersiam non reuocetur, sit in iure nostro difficilior isto. Mihi sanè visus est omnium difficillimus.

1 Habetur † in hoc contextu Si Pamphilo seruo Lucii Titij, seruus generaliter sit legatus, qui Pamphilus post diem legati cedentem à domino sit manumissus, si quidem Titius legatum vindicauerit, extingui legatum, si verò Titius legatum repudiauerit, posse Pamphilum seruum optare. Redditur ea ratio, quia licet manumissione Pamphili duae personae sint constitutae, Titij, & Pamphili, vnius tamen rei legatum inter eas vertitur: & Titio vindicante, optio extinguitur; repudiante, Pamphilus optare potest. Decisio quidem satis aperta est: decisionis autem ratio adeo incerta, vt si quis rationem velit inquirere, potius decisionem falsam, nullaq. ratione consistere posse, existimare cogatur.

2 Illud † quidem procedit rectè, etiam post manumissionem Pamphili posse dominum legatum vindicare: cum enim dies legati cesserit eo tempore, quo Pamphilus seruus fuit, confestim legatum domino quaesitum est, aut saltem ad legatum obligatio, quam amittere dominus non potest, ex eo, quod Pamphilum manumittat, sed necesse est Pamphilum etiam liberum effectum, legatum illud apud dominum relinquere, *l. si post 5. §. fin. ff. quand. dies leg. ced.* At domino repudiante posse Pamphilum ipsum vindicare, tantum abest vt ratio suadere videatur, quinimò apertè repugnet. Cum enim hominis legatum vnicum sit, nam, & dicitur in hoc contextu, vnius rei legatum inter dominum, & Pamphilum verti) semel tantum eius dies cedere potest

3 (ex † hoc enim diudicatur vnicum, an plura sint legata, ex pluribus scilicet cessionibus, vel ex vna cessione, vt constat, *ex l. si quis seruum 8. §. 1. & l. si illud, aut illud 27. ff. de leg. 2.*) Et cum semel cesserit à die mortis testatoris, quo tempore Pamphilus seruus obligationem domino quaesiuit; semel domino acquisitum legatum, non potest rursus deferri ipsi

4 seruo, quamuis libero effecto: si † enim semel in ipsius persona inutile fuit legatum, quamuis postea liber ipse idem efficiatur, non tamen potest legatum acquirere, *l. si quis filio 38. §. si quis seruum, cum seq. ff. de hered. inst.* neq. rursus lex ei defert legatum, quod semel tantum

5 non pluries defert. Qua † ratione dicitur dominum legatum seruo rectè repudiare, *l. legatum 7. ff. de leg. 1.* & ità vt nunquam possit seruus etiam liber factus, ad illud legatum, semel rectè repudiatum admitti, vt communiter omnes fatentur. At dicunt aliud statuendum in legato generis, in quo repudiatio domini seruo non nocet, inter quos Cuiacius *ad d. l. 7. ff. de leg. 1. ad illum Tit.* Fatentur omnes semel

ſemel tàntum diem legati cedere, & re-
pudiationem legati a domino factam
nocere ipſi ſeruo, negant nocere in caſu
d. l. quam explicamus. Rationem ego
quæro, quæ cum videatur eadem vigere
in noſtro contextu, videtur etiam fuiſſe
reſpondendum, domino legatum repu-
diante Pamphilum optare non poſſe.
Quid enim, domino repudiante, rurſus
dies cedit legati huius in perſona Pam-
phili? At id valdè nouum; Qua ratione,
qua Iuris prudentia contingit?

6 Ego † in ratione hac aſſignanda, quam
nec Doctores quęrunt, nec mihi, nè dum
alijs ſatisfacere poſſe confido. Tentabo
tamen, vt ſaltem ex hoc anſam alijs præ-
beam meliora afferendi.

7 Præmittendum † igitur eſt, legato
homine per vindicationem, hominem
incertum ſtatim intelligi legatum, qui
etiam die legati cedente, ideſt à morte
teſtatoris incipit legatario deberi, vt ego
probaui. *Interpret. Iur. Cap.* 50. *n.* 65. *&*
ſeq. lib. 1. Nempè, quia dixi in obliga-
tione generis deberi hominem vnum in-
certum; non autem ſingulos homines,
vt ex poſt facto appareat quis in obliga-
tione fuerit, ſed imò verius exiſtimaui
ſtàtim, & ab initio vnum hominem in-
8 certum eſſe in obligatione. Itaq. † ho-
mine legato purum legatum eſt, ideo ad
hęredes tranſmittitur. *l. heredes §. ſi in-*
certo ff. fam. erciſ. l. nec ſemel. §. ſi cui ho-
9 *mo ff. quand. dies leg. ced.* Planè † in lega-
to generis per vindicationem duplex le-
gatum conſiderari oportet, aliud purum,
aliud conditionale. Cum enim ex lega-
to per vindicationem electio detur lega-
tario, vt nos probauimus *Interpret. Iur.*
Cap. 19. *lib.* 1. & apud eruditiores tritiſ-
ſimum eſt: poteſt ipſe eligendo efficere,
vt iam non homo incertus ſit in obliga-
tione, ſed debeatur preciſè ille, qui ab
10 ipſo legatario fuerit electus, vt † pro-
bari poteſt euidenter, *ex l. huiuſmodi §.*
Stichum ff. de leg. 1. Nam ſi teſtator dam-
nauerit hęredem dare Stichum, aut Pam-
philum, vtrum ipſe hæres vellet, ſi ſe-
mel hæres dixerit, Stichum ſe velle dare,
ſtatim ille eſt in obligatione, ideò muta-
re voluntatem hęres nō poteſt, & ſi Sti-
chus moriatur, hęres liberatur, quod vtiq.
non fieret, niſi ex ea declaratione volun-
tatis, inciperet Stichus eſſe in obligatio-
ne. Hunc textum explicauimus *d. Cap.*
50. *n.* 85. *& ſeq. lib.* 1. Similis textus eſt
in l. ſtatu liberum ff. de leg. 2. Sicuti ergo
data electione hæredi, quando ipſe eli-
git, incipit homo electus eſſe in obliga-
tione; ita & data legatario electione, ea-
dem ratione is debebitur præciſè, qui à
legatario electus fuerit. Verum quia ex
ipſa electione pendet quinam ſit in obli-
gatione, conſequens eſt præciſam hanc
obligationem eſſe conditionalem, &
tunc induci, cum legatarius eligit. Idem
11 † cōtingit in ſtipulatione, ſi quis, exempli
gratia, ſtipulatus fuerit Stichum, aut
Pamphilum, quem voluerit, nam alteru-
tro electo, ille ſolus erit in obligatione
l. ſi quis ſtipulatus 112. *ff. de verb. oblig.*
12 Hac † ratione, qui ſibi electionem per
ſtipulationem reſeruat dicitur certum,
non incertum ſtipulari, nempè quia in
eius poteſtate eſt efficere eligendo cer-
tum eſſe in ſtipulatione, & certum peti
poſſe: *l. vbi autem §. qui illud ff. de verb.*
oblig. Cęterum ſtipulatio iſta certi eſt cō-
ditionalis, nam ab initio certum in obli-
gatione non eſt, ſed ex die electionis in-
cipit certum deberi: pura igitur non eſt
certi ſtipulatio, ſed conditionalis. Sic
legatum eius hominis, qui in obligatio-
ne, & præciſè in legato eſſe incipiet, ex
voluntate, & optione legatarij, eſt con-
ditionale, cum ab initio homo quidem
ſit in obligatione, ſed non certus, à die
verò optionis, incipit certus deberi. Vt
ergo certus debeatur, pendet, dum pen-
det legatarij electio, ergo non purum eſt
legatum huius hominis certi, ſed condi-
13 tionale; neq. † verò contrarium probatur
ex *l. ſi ſic* 75. *§. pen. ff. de leg.* 1. vbi ſi quis
fuerit ſtipulatus Stichum, aut decem,
vtrum ipſe vellet, & legauerit quod ſibi
debetur dicitur teneri hęredem, vt præſ-
tet legatario actionem, electionem ha-
bituro, vtrum Stichum, aut decem perſe-
qui malit; ex quo textu deduci videtur
obligationem illam puram eſſe, & etiam
ante electionem natam eſſe actionem,
cum ea ab hærede legatario cedatur, ex
qua ceſſione legatarius conſequitur, vt
poſſit perſequi, quod mauult, vel Sti-

chum,

chum, vel decem. Et ſimile eſt quod reſpondetur *in l. ſi ſtipulatus 76. ff. de verb. oblig.* ex ſtipulatione illa, *illud, aut illud vtrum ego voluero*, licèt perſonalis ſit, tranſmitti tamen obligationem ad hæredem, etiam mortuo ante electionem ſtipulatore; ex quo textu ſimiliter videtur colligi ſtàtim etiam ante electionem natam obligationem. Nam reſpondeo iuxtà ſupradicta intelligi poſſe, & cedi, & tranſmitti obligationem incerti, quæ ſtàtim naſcitur cum vniuerſo iure ſtipulatoris; ex quo ſequitur electione facta agere poſſe legatarium ad certum, cùm ex ea electione certum deberi incipiat. Neq. enim Donello aſſentiendum eſt, qui *in l. ſi ſtipulatus 76. ff. de verb. obligat.* exiſtimat tranſmitti duntaxat ad hæredes obligationem incerti, non autem eligendi facultatem. Nam hac reſponſione recepta nullo modo poteſt explicari textus *in d. l. ſi ſic §. pen. ff. de leg. 1.* in cuius expoſitione nugatur ſanè Donellus. Preterea (circumſcripta hac obligatione ad incertum, vel ad alterutrum, de qua an naſcatur eo caſu, quo ſtipulator ſibi reſeruauit eligendi facultatem, non ſine ratione dubitari poteſt, vt mox

14 ſubiiciam): Dico † etiam ante electionem poſſe heredem actionem cedere, ſed futuram, nempè dum omne ius cedit, quod habet ex contractu, eo enim facto, ſicut ipſe poterat, ſtàtim, electo alterutro, agere ità, & poterit legatarius ceſſionarius: & hoc eodem ſenſu dicitur tranſire ad hæredes obligatio *in d. l. ſi ſtipulatus 76. ff. de verb. obligat.* nempè quia tranſit ad ipſos obligatio ex electione naſcitura. Neq. id nouum eſt, nam & is, qui decem dare ſpopondit, ſi Titius Conſul factus fuerit, decedens dicitur relinquere heredem obligatum *l. ſi quis ſi Titius 57. ff. de verb. obligat.* nempè exiſtente demùm conditione, & ſimilis textus *in l. legato ſub conditione 65. ff. de cond. & dem.* Ergo ex adhuc dictis concludere poſſumus homine in genere legato per vindicationem duplicē obligationē, & duplicem ceſſionem legati induci, alteram puram, alteram conditionalem. Pura obligatio eſt ad hominem incertum: nam purè homo legatus eſt, ergo ſtàtim vnus homo debetur, ſtàtimq. à morte teſtatoris dies cedit, & incipit homo incertus deberi. Ceterum quia per vindicationem legatus homo eſt, & ideò tacitè electio data eſt legatario, & futurum eſt, vt eligente legatario, homo certus ſit in obligatione, alia inducitur obligatio conditionalis ad hominem certum, qui certus debebitur facta electione; ità vt huius obligatio ab electione, tanquā conditione pendeat. Et ita videtur ſentire Donellus (licèt de ſtipulatione loquatur) *in d. l. ſi ſtipulatus 76. de verb. obligat.* quaſi ei, cui homo legatur videatur incertus homo legari, & preterea electio, ità vt etiam electione omiſſa, poſſit legatarius incertum hominem petere, cùm electioni duntaxat renunciet, non hominis legato. Quod tantò magis dicendum in legato, quia etiamſi per vindicationem legatum detur, non ſolùm poteſt legatarius rei vindicationem intentare, ſed hac omiſſa, agere poteſt actione perſonali, vt probauimus *d. Cap. 19. lib. 1.* Si ergo homo in genere per vindicationem legatus ſit, poterit quidem legatarius vindicando eligere, & certum hominem petere; Ceterùm ſi maluerit, poterit petere hominem actione perſonali, & ſic incertum, quia & hęc actio ei competit, ergo neceſſe eſt, vt ad hominem incertum ſtàtim obligatio nata fuerit, neq. ad hanc inducendam electio ſit expectanda.

15 Verùm † vt paulò ante dicebam non ſine ratione dubitari poteſt, an illud verum ſit, homine legato per vindicationem, ſtàtim obligationem induci moriente teſtatore ad hominem incertum; cum enim teſtator qui legat hominem per vindicationem, tacitè det optionem legatario, vt dicit Vlp. *in Tit. de leg. in §. Optione*, (licèt locus ſit deprauatus, vt obſeruat Cuiacius), & velit eum hominem eſſe in obligatione, qui eligetur, & ita velit certum deberi ſub conditione tamen, & ab electione declarandum, vt ſupra etiam probatum eſt: non videtur ſimul voluiſſe incertum hominem deberi; ſunt enim hæc contraria: & videretur fruſtra lex inducere obligationem incerti hominis, quæ ex voluntate teſtatoris, eli-

ris, eligente legatario esset resoluenda. Nec verò dici potest veluti duplex legatum esse, aliud purum, aliud conditionale, quasi testator hominem legauerit, & præterea hominis electionem: nam
16 imò vnicum legatum est, & sicuti † optione hominis expressè data, legatum olim erat conditionale, vt testatur Iustinianus *in §. Optionis Inst. Tit. de leg.* nec intelligebatur homo datus, & separatim optio hominis: ità idem dicendum in optione tacitè data. Et verò qui legat hominem, quem Titius eliget, præcisè illum legat, qui eligetur, non alium; sicut & is, qui stipulatur Stichum, aut Pamphilum, quem voluerit, illum vult esse in obligatione, quem elegerit, non ex illis vnum incertum; & si duas efficeremus obligationes diuideremus, & corrumperemus stipulationem, & contrahentium
17 voluntatem: adiectionem † enim illam electionis, quę stipulationem modificat, & facit conditionalem *l. 3. §. conditio ff. de adim. leg.* tanquàm principalē, & diuisam stipulationem acciperemus. Quamuis autem facilius hæc diuisio videatur admittenda in legato vindicationis, ex quo competit etiam actio personalis, vt supra dicebatur: Tamen si ponimus ex voluntate testatoris conditionale vi ipsa legatum esse, non poterit ante impletā conditionem personalis actio induci. Et sicuti legato sub conditione expressa per vindicationem dato, nemo dicet posse legatarium agere actione personali, etiam ante quàm conditio existat. Ita hec id dicendum data electione, & sic ob ipsam electionem legato effecto conditionali, siue expressè, siue tacitè. Non enim antea legatū poterit deberi, quàm electione facta; quo casu, electione scilicet secuta cum legatum incipiat deberi, nō solùm rem electam vindicare poterit legatarius, verùm etiam & eandem petet actione personali.

Et licèt ego existimauerim homine legato, hominem incertum deberi *Cap. 50. n. 65. & seq. lib. 1.* tamen id poterit intelligi in legato per damnationem, sicuti et idem recipiendū in stipulatione generis, quocunq. casu electio debitoris est: his enim casibus nullus vnquam certus homo futurus est in obligatione, quāuis enim debitor eligat, quē soluere vult, non tamen ille incipit deberi, cùm mutare voluntatem possit, vt ibidem probauimus; & tunc soluitur obligatio, quando vnus ex hominibus soluitur, quo casu ideo debitor liberatur, quia tenebatur vnum hominem soluere, constat verò id implere, cum vnum ex hominibus dat. At in casu nostro, videlicet quando homo per vindicationem datus est, vel quis est stipulatus reseruata sibi electione, id agitur vt homo certus sit in obligatione, & ille solus, qui eligetur, ergo interim necesse est suspendi obligationem, & pendere, donec electio fuerit secuta, & sic conditionalem, non puram esse obligationem.

Sed hac recepta sententia res in maiorem incidit difficultatem. Quomodo enim legatum conditionale potest deberi antequàm conditio existat? Et qua ratione fieri potest, vt dies huius legati stàtim cedat, & per seruum domino acquiratur, qui ipse optare possit?

18 Res † ità procedit. Legatum hominis datum per vindicationem purum est, & simul conditionale. Purum est, quia purè datum, & quia nullā cōditionem adiecit testator. Est tamen conditionale, quia cum legato homine per vindicationem, electio legatario data intelligatur (de quo legati genere accipiendus textus, quem explicamus) ità vt ex ea pendeat hominis certi obligatio, qui certus omninò futurus est in obligatione ex voluntate testatoris: necesse est legatum esse conditionale, & suspendi donec legatarius eligat. Purum tamen hoc legatū hominis est, quia licèt hec conditio insit, vt is debeatur, qui fuerit electus, tamen magis hęc inest ex natura legati, quam ex voluntate testatoris, qui velit conditionale legatū efficere. Is, cui legatus homo est vindicare hominem potest, vnum ex his, qui in testatoris dominio fuerunt, & ad hæredem peruenerunt, ergo cum habeat rei vindicationem, quam potest cōtra inuitum hæredem intentare *l. inter stipulantem §. 1. ff. de verb. oblig.* non indiget consensu hæredis in vno illo vindicando. Itaq; electionem habet, hanc tamen

tamen habet ex natura legati: & quia ex
natura legati hęc electio est, ideo perso-
nalis nō est, nam vna cum legato ad eum
transit, ad quem trāsit legatū Legatū vin-
dicationis, licèt interdum personale vi-
deretur, vt putà si testator vsus fuisset his
verbis, quæ solemnia etiam erant. *Vindi-
ca, capito, sumito Vlp. in frag Tit. de leg.
§. per vindicationem Caius. in Tit. de leg.*
20 *lib. 2. Inst.* tamen † ad hęredem transibat.
*Paul. recep. sent. lib 3. Tit. de leg. §. per
vindicationem*, ergo & ad hęredem tran-
sibat legatum hominis per vindicationē
datum, licèt non agnitum ab ipso legata-
rio: & quoniam transibat legatum vindi-
cationis, necessariò transibat etiam elec-
tio, tanquam effectus ipsius legati per vin-
dicationem. Quoniam verò testator scie-
bat legatum per vindicationē ad hęredes
transmitti, etiam non agnitum, & con-
sequenter transmitti etiam electionem:
& ipse eo genere legati hominem dando
intelligebatur, velle electionem non per-
sonalem esse, sed iuxta naturam legati ad
hæredes transire. Hoc autem posito le-
gatum hominis purum erat, licèt nulla
obligatio induceretur, nisi electione fac-
ta, & statim à morte testatoris dies eius
legati cedebat, non quidem ita, vt obli-
gatio quęreretur legatario, sed vt legatū
in eius persona cōsisteret, & vt spes ei ac-
quireretur, quandoq; electione facta ho-
minem certum consequendi, quam spem,
quod ius, ad hæredem poterat transmit-
tere. Licèt enim hæc sit differentia inter
stipulationem, cęterosq; contractus, & le-
21 gatum, quia † contractus etiam conditio-
nales statim vires capiunt, & ex his spes
est debitum iri, quam spē contrahentes in
hęredem transmittunt §. *ex conditionali*
22 *Inst. Tit. de verb oblig* quod † secus est in
conditionali legato, quod nisi viuo lega-
tario conditio existat, ad hęredes nō trā-
smittitur *l. 5. § sed si sub conditione l. si cū
hares l. huiusmodi ff. quando dies leg. ced. l.
hęres meus ff. de cond & dem.* tamē hoc ca-
su ratio cessat, cur legatum nō transmit-
tatur, nam conditio, quæ ex natura legati
inest, ex voluntate etiā testatoris non im-
pedit transmissionem. Itaq; cum certū sit
hoc legatum, ea conditione nō obstante,
ad hæredem transiturum; perinde ac si
purum esset, statim à morte testatoris di-
es eius legati cedit, & ius acquiritur lega-
tario, prout acquiri solet cōtrahenti, etiā
ex contractu conditionali; par enim in
hoc casu est ratio inter contractus, & le-
gatum. Transmittitur conditionalis sti-
23 pulatio, quia contrahentes hæredibus su-
is prospicere voluisse creduntur *l. si pac-
tum ff. de probat.* Itaq; quandocunq; exis-
tat conditio certum est debitum iri. Trās-
mittitur, & in hoc casu legatum homi-
nis, quoniam dies eius cedit perinde ac si
purum esset, cùm quantum pertinet ad
conditionem, testator etiam ab hæredi-
bus legatarij impleri posse voluerit iuxta
naturam huius legati, vt supra dictum
24 est. Et sicut contractus etiam conditio-
nalis ab initio vires capit *l vsusfructus ff.
de stipul. seru.* vt statim ius acquiratur
25 contrahentibus, vt † ab eo contractu al-
ter, altero inuito, recedere non possit *l.
qui balneum in princ. ff. qui pot in pig. hab.*
Vnde si ematur id quod pondere, nume-
ro, vel mensura consistit, pretio tamen
statuto ex numero, mensura, vel ponde-
re, licet conditionalis sit emptio, vendi-
tio, & tunc perfecta sit, cum adpensio, di-
mensio, vel numeratio facta fuerit *l quod
sepè 35 § in his ff. de cont. empt.* tamen nō
potest alter ex contrahentibus recedere,
sed omnino adpensio, dimensio, vel nu-
meratio facienda est *l si in emptione 34.
26 §. alia causa est ff. de contr. empt.* Hinc
† est filiofam sub conditione stipulante,
licèt medio tempore fuerit emancipatus,
ità vt existente conditione sui iuris re-
periatur, tamen actionem patri acquiri
l. si filiusfam. 78. ff. de verb. oblig. Ratio
illa ibidem redditur, quia in stipulatio-
nibus id tempus spectatur, quo contra-
himus; nempe quia statim ius patri ac-
quiritur ex stipulatione, vt quandocunq;
existente conditione promissor sibi futu-
rus sit obligatus. Ità idem contingit in
casu nostro in legato generis; cum enim
certum sit conditionem, quæ tacitè
inest non efficere legatum conditiona-
le, nec transmissionem impedire: con-
festim post mortem testatoris vires ac-
cipit legatum, perinde ac si purum esset
& dies eius cedit, iusq; acquiritur le-
gatario quod transmittit ad hæredes su-

os, si ipse non elegerit, ex quo ipsi hæredes eligere possunt. Animaduertendum namq; est licèt tunc dicatur dies cedere, cum incipit res deberi *l. cedere diem 213. ff. de verb. sig.* tamen † legati diem
27 interdũ cedere, licèt obligatio non acquiratur legatario, sed duntaxat spes debitum iri, si forte quid contingat, & conditio existat, vt probatur *ex l. cum illud, aut illud §. fin. ff. quando. dies leg. ced.* si quis enim legauerit fructus nascituros, & legatarius nondum natis decedat, dies legati cedit, quia tacita ex natura rei, non ex voluntate testatoris inest conditio, nam non potuit obligatio fructuum nondum natorum legatario acquiri. Sic si testator legauerit quod sibi pupillus debet, videtur legare, si pupillus soluerit, & tamen stàtim dies legati cedit, & legatario interim decedente, eius hæredes legatum petunt, si postea pupillus soluerit, sine dubio hoc casu non potuit legatario ciuilis obligatio acquiri, cum nec ciuiliter testatori pupillus deberet, cedit tamen dies legati: nec inutilis cessio est, nam ex ea confirmatur legatum in persona legatarij, ità vt quandocunq; fructus nascantur, vel pupillus soluat, futurum sit, vt legatum sibi, vel hæredibus suis debeatur. In contractibus, qui vires stàtim accipiunt non alia cessio diei intelligitur, nisi ex qua obligatio acquiritur. Id non ità est in legatis, nam ità in persona legatarij post mortem testatoris vires accipiunt, & vtiliter dici potest diem cedere, si in eiusdem persona legata confirmentur, ità vt futurum sit, existente tacita conditione, eidem, vel hæredibus suis deberi.

Ex his constat homine legato per vindicationem non sàtis tutò dici posse post mortem testatoris induci obligationem hominis incerti, quæ pura sit, electione verò secuta, induci obligationem hominis certi, quæ sit conditionalis, & ab ipsa electione pendeat; nam verius videtur nullam obligationem induci hominis incerti, diem tamen cedere à morte testatoris, & duntaxat tunc obligationem constitui, cum homo certus eligitur; sed quid quid sit, siuè prima sententia verior sit, siuè hæc posterior, quantum ad rem nostram attinet nihil refert; nam vbiq; ponitur obligationem certi hominis esse conditionalem, & tunc induci, cum homo eligitur.

Hoc ità præmisso, constat rectè procedere decisionem nostri contextus, nempè dominum, qui post diem legati cedentem manumisit seruum Pamphilum posse ipsum, si velit eligere; quod si legatum repudiauerit, eligere posse Pamphi-
28 lum iam manumissum. Ratio † autem est, quia cùm legatum sit purum, vt explicauimus, stàtim post mortem testatoris dies eius cedit, vt regulare est in legatis puris *l. si post diem 5. §. 1. ff. quand. dies leg. ced.* & cum siuè obligatio, siuè spes obligationis non possit consistere in Pamphilo, qui personam non habet, necesse est in dominum transire. Legatum moriente testatore vires accipit; necesse est personam esse, in qua consistat. In seruo ipso consistere non potest, ergo consistit in persona domini, & ei ius legati, vel spes acquiritur.
29 Nam † & in stipulationibus idem contingit: stipulatio enim serui inutilis est, si tempore stipulationis persona non sit, in qua stipulatio consistere possit *l. sed si ita 10. l. si seruus communis 21. l. vsusfructus 26. ff. de stip. ser.* Igitur cum legatũ in domino ipso confirmetur, acquiritur eidem spes futuræ obligationis, quandoq; electione secuta, siuè ipse eligat, siuè hæredes ipsius, nam & spem illam ad hæredes transmittit; legatum enim hominis ad hæredes trãsmittitur, vt probauimus. Vndè magis confirmatur id legatum, vel
30 spem legati domino acquiri: nam † ea legata, quæ ad hæredes transmittuntur per seruum domino acquiruntur *l. quę legata 18. ff. de reg. iur.* Cum itaq; dominus ipse legatarius per seruum fiat quo tẽpore dies legati cedit, & spẽ obligationis acquirat, eã ex manumissione serui non potest
31 amittere: legata † enim, quorũ dies cessit eo tẽpore quo seruus quis erat apud dominũ manet, licèt seruus liber postea fiat *l. 5. §. fin. ff. quãd. dies leg. ced.* manet & spes legati, cùm cessionẽ suã lex nõ reuocet ex manumissione; ergo dominus ipse est, qui seruũ optare potest, licèt tẽpore quo eligit Pãphilus sit manumissus. Sed si dominus eligere

nus eligere noluerit, & legatum repudiauerit, idest, spem legati, vel iuxta primam opinionem legatum hominis incerti, & spem legati hominis certi; Pamphilus ipse optare poterit. Ratio autem est, quia legatum certi hominis est conditionale: testator enim hominem legando per vindicationem tacitè optionem dat legatario, vt dicebamus ex Vlpiano: qua
32 † ratione legatum hominis coniungitur sæpè, & quo ad effectus legato optionis comparatur *l. 3. ff. qui, & à quibus L. 2. l. cum ità 9. §. 1. ff. de opt. l.g.* &
33 † sicuti optione seruo data, licet tempore, quo dies legatorum purè datorum cedit, seruus adhuc reperiatur, tamen si manumissus fuerit potest ipse idem seruus optare *l. si domino 99. ff. de leg. 1.* ità & poterit, optione tacitè data, seruus manumissus, post quàm dominus legatum repudiauit, & sic ius domino ex cessione, acquisitum ei non obstat, seruum ipse optare, cùm æque in hoc, prout in illo legato optionis cōditio adsit, vt vtrumq; legatum sit conditionale. Hæc duntaxat est differentia, quia in legato optionis conditio est expressa, & ex mera voluntate testatoris venit; in legato verò hominis conditio est tacita,
34 & venit ex natura legati. Vnde † consequens est legatum optionis non acquiri patri per filium, idest non acquiri optionem patri, sed ipsum filium optare debere, licèt iussu patris præcedente *l. Iulianus 10. ff. de leg. 1.* Ratio autem est, quia conditione non impleta dies eius legati non cedit, nullam ius filio acquiritur, quod in patrem possit transm tti, ergo optionem, quæ in facto consistit, ipse filius retinet. Idem contingit in seruo, & probatur ex *l. si domino 99. ff. de leg. 1.* Si enim per seruum domino facultas optandi post mortem testatoris acquireretur, non posset ipse seruus postea manumissus optare. At verò in legato hominis, quia optio venit ex natura legati, quod purum est, ei acquiritur, cui legatum acquiritur. Dies legati cum cedit, siue obligatio hominis incerti, siue (quod fortè verius est) spes obligationis futuræ acquiritur domino per seruum, ergo dominus etiam, qui legatarius efficitur optare potest, cum optio in consequentiā legati veniat. Ceterū si dominus desinat legatarius esse, & spē illam repudiet: seruus iam liber factus optare poterit, & optando hominē electum ipse acquiret. Nam verum est, Pamphilo hominem legatum, quem ipse eliget: certum est dominum obligationem hanc nunquàm acquisiuisse, sed adhuc pendere; certum est Pamphilum ipsum iam liberum optare, ergo necesse est ex voluntate testatoris induci obligationē, quæ ex conditione pendebat, cum iam conditio fuerit impleta. Neq; enim nocere seruo potest, quòd non acquisiuerit spē legati, imò acquisiuerit dominus per ipsum. Nam diuersa omninò iura sunt. Ex cessione legati facta post mortem testatoris id ius quæsitum est, vt legatum, licèt re ipsa conditionale, tàmen posset transmitti. Id ius non quæsiuit seruus, ideo etiā liber factus, si ante quam eligeret, ipse decederet, ad suos hæredes ius eligendi non transmitteret. At si idem seruus postea liber factus eligat, impleta cōditione, obligatio ad certum hominem, electum scilicet, inducitur, quę nunquam fuerat inducta, vel alicui acquisita. Legatū hominis est purum, & est conditionale, quod purum in eo legato est, vt scilicet cedat eius dies post mortē testatoris, ità vt ad hæredes legatū illud possit transmitti, ipse seruus nō quęsiuit. At cùm cōditionale acquiratur existente conditione, & tempore existentis conditionis ipse seruus iam liber factus capax sit, cessante omni impedimēto, illud acquirit. Dupliciratione cōsiderata, duplex quodammodo legatū illi seruo factum est, aliud purum, aliud conditionale; purū seruus non potuit acquirere, acquiret tamen conditionale, quia duplex delatio est: & cū lex, tempore, quo seruus liber factus eligit, rursus operetur, & operari iuxta voluntatē testatoris necesse sit; cumq; eo tempore cesset in Pamphilo omne impedimētū, necesse est eidem legatum concedat, iuxta ea quæ latè diximus supra *in 3. Cap.* Si vnica cessio esset nō posset amplius legatū seruo acquiri, quod ipse domino statim post mortē testatoris quęsiuit At quia legatum nō solùm purum est, sed & cō-
35 ditionale; & † legati cōditionalis dies cedit

F 2 existen-

existente demùm conditione *l. 5. §. sed si sub conditione ff. quando dies leg. ced.* conditione impleta, idest electione facta, rursus dies legati cedit, quo tempore, seruus qui erat, reperitur liber, ergo ei legatum acquiritur.

Et ex his tolluntur, quæ in contrarium afferebantur, nempè legatum hominis vnicum esse, & vnicam esse cessionem. Nam licèt vnicum sit, tamen vi ipsa duplex videri potest, aliud purum, aliud conditionale, vt probauimus. Indè etiã consequens est duplicem esse cessionem, vt similiter demõstrauimus; & cum tempore, quo Pamphilus eligit liber sit effectus, quo tempore legati conditionalis dies cedit, nihil repugnat, imò omnes Iuris regulę concurrunt, vt eidem Pamphilo legatum acquiratur.

Examinatur l. fin. ff. de cond. inst. Cap. IX.

SVMMARIVM.

Ponitur facti species huius legis n. 1. & seq.

Filius suus non potest institui sub alia conditione, quàm potestatiua. n. 2.

Vltimus vitæ articulus vitæ tribuitur, non morti. n. 3.

Nepos ab auo institutus, etiam viuo filio hæres existit necessarius, & filium facit hæredem. n. 4.

Testamentum corruit si ex eo nemo hæres existat. n. 5.

Filius institutus, præterito posthumo, si pendente posthumi natiuitate moriatur, moriens hæres legitimus patri fit. n. 6.

Ex testamento hæreditas non defertur, donec testamentum rumpi potest. n. 7.

Posthumo omnia iura seruãtur in tempus nascendi, ideo interim posthumus sequentibus in gradu; vel institutis moram facit. n. 8.

Affertur obiectio ex l. ventre ff. de acq. hæred. *n. 9.*

Antonius Faber nititur conciliare d. l. ventre cum l. si filius ff. de lib. & posth. *eius conciliatio refertur, & refellitur n. 10.*

Refertur, & reijcitur conciliatio Cuiacij. *n. 11.*

Probatur communis responsio, & defenditur. n. 12. & seq.

Qui nescit delatam sibi hæreditatem, adire non potest. n. 13.

Bonorum possessio non agnita non transmittitur. n. 14.

Filius in casu l. si filius 16. ff. de lib. & posth. *vti potest beneficio, de quo* in d. l. Ventre. *num. 15.*

Explicatur d. l. si filius. 16. *n. 16.*

Nepos suus hæres est Auo in ea hæreditate, in qua filius eum non præcessit. n. 17.

Difficultas proponitur ex l. si filius 16. & ex l. filius 28. ff. de lib & posth. *n. 18.*

Refertur, & reprobatur Castrensis responsio. n. 19.

Auctor resoluit difficultatem n. 20. & seq.

Eodem momento conditio impleri non potest, & hæreditas deferri. n. 21.

Conditiones, quæ siue existãt, siue non, nihil operantur, non attenduntur. n. 22.

Secùs si aliqua adsit vtilitas. n. 23.

Conditio potestatiua efficit filium de necessario voluntarium n. 24.

Explicatur l. filius 28. ff. de lib. & posthum. *n. 25.*

Exhæredatio non est interpretatione adiuuanda. n. 26.

Substitutus vulgaris est institutus sub ea conditione, si institutus hær. s non erit. n. 27.

Conditio deficit, statim atq; apparet impleri ampliùs non p sse. n. 28.

Substituto non defertur hæreditas, nisi prius instituto excluso. n. 29.

Substitutus non admittitur prius quàm ipse institutus ad mitteretur, quamuis verba videantur antea substitutum vocare. n. 30.

Ex distinctione, qua habetur in hac lege alia iura sunt explicanda, & limitanda. n. 31.

Explicatur vers. quemadmodum ad fin. huius l. fin. ff. de cond. inst. *n. 32.*

1 Paterfam. † hæredem instituit filiũ
2 in potestate existentem sub conditione potestatiua (neq; † enim filius sub alia conditione institui potest *l. suus 4. ff. de hæred. inst.*) eiq; si hæres non esset substituit nepotes ex eo. Si filius decedat non impleta conditione; quærit Papinianus quo tempore admittantur nepotes ad hæreditatem Aui, an viuo adhuc filio, an post mortem filij. Quam quidem

quidem quæstionem vt resoluat, distinguit inter eam conditionem potestatiuam, quæ extremo vitæ momento impleri nõ potest, & illam, quę vltimo illo articulo impleri potest. Primo casu nepotes dicit admitti, adhuc viuo filio. Secundo verò casu, post mortem duntaxat filij. Hæc eadem distinctio inter potestatiuas conditiones traditur *in l. 5. ff. de hæred. inst.* Nam quędam conditiones sunt, quę extremo illo momento impleri non possunt, quales eę omnes sunt, quę factum ipsius filij exigunt, veluti ea conditio est, *si Alexandriam ierit*. filius namq; moriens non potest conditionem illam implere, sed deficit hęc conditio eo mo-riente, & in vltimo vitæ articulo constituto. Quędam sunt quę factum filij non exigunt, sed per alios etiam impleri possunt, veluti, *si filius decem dederit*, nam nomine filij alius quilibet dare potest; & istę non deficiunt filio moriente, cum adhuc vltimo illo articulo possint impleri, vt docent Papinianus, & Marcellus *in hac l. fin. & in d. l. 5. ff. de hæred. inst.*

Ex hac differentia emanat decisio, & distinctio ipsius Papiniani. Nam si de ea conditione agatur, quæ moriente filio non potest impleri: cùm filius moriens
3 adhuc viuat (vltimus † enim articulus tribuitur vitæ, non morti *l. qui duos §. 1. ff. de man. test.*) eo ipso momento, quo iam apparet defectam conditionem, & sic filium hæredem existere non posse, defertur hæreditas, & eodem instanti acqui-
4 ritur nepotibus institutis, vt potè † cum in Aui potestate, tempore mortis eius extiterint, ità vt hæredes iure eius potestatis sint necessarij *l. qui in aliena §. interdùm ff. de acq. hæred.* Vnde consequens est, nepotes istos ad hæreditatem admitti viuo filio, & sic ipsi filio hæreditatem extremo illo momento acquirere *ex d. §. interdum.* Benè igitur Papinianus respondet hoc casu nepotes ad hęreditatē Aui, viuo filio admitti. Qui idem subdit. Hoc eodem casu si nulli dati essent substituti filium dum moreretur exiturum fuisse legittimum hęredem patri. Quod quidem ea procedit ratione, quia cum, vt diximus, extremo illo momento appareat cõditionem institutionis existere amplius non posse, ea defecta, cum filius ex testamento hæres existere non possit,
5 ideoq; † corruat testamentum *Inst. Tit. de hæred. qua ab intest. def. in princ. l. 1. ff. de iniust. rupt.* Succedit causa intestati, & sic filius, eodem momento patri ab intestato necessarius hæres existit. Comprobat hoc dictū Papinianus, argumēto ducto à simili, quam in rem vtitur auctoritate Seruij. Inquit enim, propositum fuisse quemdam ità institutum, *si in Capitolium ascenderet*. sin minus ei datum legatum; quo moriente ante conditionem impletam respondit Seruius legati eidem relicti diem cessisse: moriente enim eo deficit conditio institutionis, & consequenter impleta est conditio legati, & sic eo vltimo vitæ momento legati dies vtiliter cessit. Simile est quod respondetur *in l. fin. ff. quando dies leg. ced.* Concor-
6 dat †. cum hoc ipso quod dicit Papinianus, quod in simili casu tradit Affricanus *in l. si filius 16. ff. de lib. & posth.* vbi si filius sit solus institutus, & posthumus pręteritus sit, si interim nondum nato posthumo filius moriatur ipse intestato Patri hęres existit. Ratio est, quia dum filius moritur, constat ex testamento neminem hæredem futurum, nam solus filius proponitur institutus, qui cum non possit eo tempore, quo moritur ex testamento admitti, obstante posthumo, (neq;
7 † enim ex testamento hęreditas defertur, donec speratur nasci posthumus, qui adgnascendo testamentum rumpere potest *l. cum quidam §. non solum §. sine igitur, l.*
8 *ventre ff. de acq. hæred.* & † cui omnia iura integra seruātur in tempus nascendi, vt hac ratione moram faciat, vel sequentibus in gradu, vel etiam institutis *d. §. sine igitur l. antiqui .3. ff. si pars hæred. pet. l. 3. §. vtiq. ff. de suis. & leg.*) admitti necesse est ab intestato: quamuis enim postea posthumus nõ nasceretur, tamen statim moriente filio, certum est valere amplius testamentum non posse, cum ex eo, filius iam mortuus hęres existere non possit.
9 Obstare † tamen aduersus hæc valide videtur textus *in l. ventre 84. ff. de acq. hęred.* vbi si filius sit institutus, venter verò sit pręteritus, interimq; filius decedat, si quidem

si quidem agatur de eo, qui fuit in familia retentus multum interest vacuus sit venter, an plenus. Si vacuus sit, quia filius hæres sit ipso iure sine aliqua aditione hæres fuisse intelligitur: quod si pleno ventre sit mulier, iniquum esse dicitur filium morientē hæredi suo relinquere nihil: ideoq; subijcitur, decreto filio succurrendum esse, quia siue frater ei nascatur, siue non nascatur, hæres futurus est patri, qua ratione etiam emancipato succurrendum additur. Quomodo verò fieri potest, vt filius, qui interim dum posthumus in ventre est decedit, nihil transmittat ad hæredes suos? Quomodo potest hæc iniquitas occurrere? Nō nè eo moriente apparet ex testamento nullum hæredem extiturum, & sic iuxta supra dicta, vltimo illo vitę articulo legittimus patri hæres filius existit?

10 Antonius Faber † *lib. 1. coniect. Cap.* 10. conatur difficultatem tollere, & ità interpretatur *l. si filium* 16. *ff. de lib. & posthum.* vt ibi certum fuerit ventrem plenum esse. At *in l. ventre ff. de acq. hæred* asserit dubium fuisse an venter plenus esset; quod arguit ex præcedenti casu *in d. l. ventre.* vbi incertus proponitur hæres, an plenus sit venter, an vacuus. Plurimum autem dicit interesse, verùm dubitetur, an verò certum sit. Quando certum est, tunc (inquit) certum etiam est hæredem non posse ex testamento filium existere, & ideo ab intestato defertur ei hęreditas, *vt in d. l. si filius.* At verò quando dubitatur an plenus, an vacuus sit, ignoratur etiam an interim ex testamento deferatur filio hæreditas, nec ne. Nam, si vacuus sit venter, etiam si ipse ignoret filiusfam. hęres fit, quia non requiritur aditio, nec scientia in suo, & per rerum naturam certum est ventrem esse vacuum, ideo lex defert hæreditatem. *d. l. ventre in princ.* Si verò sit plenus venter, non potest filius hæres esse ex testamento. De hoc igitur dum dubitatur, an plenus venter sit, an vacuus, nec dici potest deferri hæreditatem ex testamento, nec non deferri. Igitur interim decedit filius, qui nec hęres est ex testamento, nec ab intestato *d. l. ventre.*

Sed mihi non placet Antonij Fabri interpretatio. Nam licèt dubitetur *in d. l. ventre.* an vacuus, an plenus sit venter, tamen plenus proponitur, ergo per rerum naturam constabat ex testamento hęredem esse filium non posse: & sic lex detulit ei morienti hæreditatem ab intestato. Nec verum est quod dicit Faber, ideò interim non deferri hæreditatem ab intestato, quia fieri potest, vt partus corrumpatur, & certum non est posthumum nasciturum. Nā si id ità esset, nec hęres esset ab intestato filius *in d. l. si filius ff. de lib. & posth.* nam licèt certum esset plenum esse ventrem, non tamen certum erat an posthumus esset nasciturus. Et licèt *in d. l. si filius.* ponatur, vel saltem colligatur posthumum postea natum, tamen *in l. ventre.* non ponitur partus editus fuisse corruptus. Posset quidem contingere, vt nos ignoraremus an morienti filio hęreditas esset ex testamento delata, an ab intestato, quia si post mortem filij partus ederetur corruptus, fieri posset, & nos iustè possemus suspicari, vt moriente filio corruptus in ventre fuisset, vel non fuisset, & consequenter an ei testamento, quasi vacuo ventre hæreditas esset delata, an ab intestato, quod venter esset eo tempore plenus: & partus vitalis esset. Cæterum non fuit hic sensus *d. l. ventre.* nam alioqùi non diceretur ibidem iniquum esse filiū morientem ad suos hæredes transmittere nihil. Quinimò transmitteret hæreditatem, vel ex testamento, vel ab intestato prout venter; vel esset eo tempore corruptus, vel non. Sed diceretur iniquum esse ignorantibus nobis, qua ex causa filius hæreditatem ad suos hæredes transmisisset, non posse illos quidquam consequi. Vel potius responderetur prout *in d. l. si filius* hęredē morientem ab intestato filium existere; cum enim ob nostrā ignorantiam filius ex testamento hæres existere non possit, vt potè cum nobis constare non possit eo tempore, quo filius mortuus est, partum corruptum fuisse: moriēte filio apparet ex testamēto illo ob hanc ipsam ignorantiam hęredem existere nullum posse, ideoq; vltimo illo momento dicendum est filium ab intestato hæredem effectum, & sic indistinctè

responden-

respondendum, eo casu quo filius moritur ventre pleno, quia si partus nascatur iam constat ex testamento non esse delatam hęreditatem, si verò edatur corruptus, potest quidem dubitari an moriente filio corruptus fuerit, nec ne, verũ quia, quamuis etiam reuera corruptus fuerit, non tamen potuit ex testamento hæreditatem filius cõsequi cum effectu ob nostram ignorantiã: ideo quasi, eo moriente, testamentum, ex quo nullus hæres esse posset, corruerit, ipsum eumdem filium legittimum patri hęredem effectum esse dicendum est.

11 Iacobus † Cuiacius fatetur filiumfam. institutum posthumo præterito iure Ciuili dum moritur hæredem legittimum fieri, sed dicit *d. l. ventre.* pertinere ad beneficium Prætorium, & ad ius ipsum prętorium, quo iure hi pro hæredibus non habentur, etiam si sui sint, qui se non miscuerunt. Sed hæc responsio ex ipsa eadem *l. ventre.* reijcitur euidenter: nam si iure ciuili hęres fit filiusfam. vltimo vitæ momento, quæ necessitas iniquitatis illius emendandę, quod filius hæredi suo relinquat nihil: cum talis necessitas nulla sit, imò filius legittimam patris hæreditatem hęres factus ad hęredes suos transmittat?

12 Itaq; † placet mihi eorum responsio, quos stultos vocat Cuiacius *ad Affric. in l. si filius. 16. ff. de lib. & posthum.* Nempè ponendum *in d. l. ventre.* filiofam. instituto datum cohęredem, vel substitutum, qui quidem cohęres, vel substitutus posset substinere testamentum, vt *in d. l. si filius*, quo casu filio morienti non potuit deferri legittima hęreditas, quæ nunquam defertur, quamdiù testamentum valere potest, & ex eo hæres existere *l. quamdiù ff. de acq. hæred.* Non tamen pono præcisè cohæredem datum in ea lege, vel substitutum, sed dico iniquitatem illam alio casu non posse occurrere, nisi filiofam. dato cohærede, vel substituto. Animaduertendum namq; est Iurisconsultum Papinianum *in d. l. ventre.* nullum casum ponere, in quo solus sit institutus, vel è contra sit institutus cum alijs, nam ad id quod quærit Papinianus nihil refert solum filium institutum, an cum alijs. De solo filio, vel extero mentionem facit, quia de eo quærit an hęres existere possit. Itaq; (inquit) si filius emancipatus, vel extraneus sit hęres institutus, ventre pręterito, non potest ex testamento deferri hęreditas, quod nascente posthumo rumpi potest. Sed si vacuus sit venter, distinguit Iurisconsultus inter filium in potestate retentum; vel emancipatum, vel extraneum. Nam filius suus, quia potestate iuris hęres fit sine aliqua scientia, vel aditione, & per rerum naturam certum est testamentum rumpi non posse per natiuitatem posthumi, cum nullus posthumus in ventre sit, statim ipso iure hęres fit, quam hæreditatem ad suos hęredes moriens transmittit. At non ità est

13 in emancipato. Nam † si is incertus sit, an venter plenus, an vacuus sit, vt potè qui nescit an sibi delata hæreditas sit, nec ne, adire hæreditatem non potest *l. is qui hæres l. si is ad quem ff. de acq. hęred.* & latè hac de re egi *lib. 1. Interpret. Iur. Cap. 12.* Et idem de extraneo respondetur. Quod si venter plenus sit, non ità indistinctè filius in potestate retentus hæres fit. (Procedit enim eodem ordine Papinianus hoc casu posteriori, quo plenus venter est, quo processerat primo casu.) Sed fieri potest, vt hæres, & ipse non existat, puta si datus ei sit cohæres, vel substitutus, nam filio moriente, non statim dici potest nullum futurum testamentum, cum illud possit à cohęrede conseruari, vel substituto, non nato postea posthumo. Itaq; in hoc casu iniquitas ista occurrit, quia nihil filius etiam in potestate retentus ad hæredes suos transmittit, ergo hoc casu necessarium est recurrere ad decretalem bonorum possessionem, de qua *in l. 4 §. fin. & l. seq. ff. de bon. poss. cont. Tab.* & de hoc ipso casu intelligendus Papinianus non absolutè, quod scilicèt omni casu indistinctè filius nihil hęredi suo relinquat, quod conuineit *d. l. 4. §. fin. ff. de bon. poss. cont. Tab.* dicitur enim ibi petitionem illam bonorum possessionis, beneficiumq; illud maximè necessarium emãcipato, quod ostendit interdum necessarium etiam esse suo hæredi, & in potestate

testate retento: nempè necessarium absolutè non est suo hæredi, quia si solus sit institutus hæres ipso iure existit; cæterum si cohæredem habuerit, vel substitutum, necessarium hoc beneficium est ratione supra allata. Dices: nec emancipato hoc beneficiū, & decretalis ista possessio est necessaria absolutè, nam & si ipse solus sit institutus, cum, ipso moriente, certum sit, nullum ex testamento hæredē futurum, poterit ad hæredes transmittere bonorum possessionem *Vnde liberi*. Facilis solutio est, nam dum filius viuit non potest petere bonorū possessionem *Vnde liberi*, quæ ab intestato defertur, cum adhuc fieri possit, vt valeat testamentū, nempè eodem viuo, posthumo non nato. At dum est in vltimo vitæ articulo constitutus, iam bonorum possessionem *Vnde liberi* agnoscere non potest, ergo
14 nihil transmittit ad hæredes suos: nam † bonorum possessio non agnita non transmittitur *l. Emancipata C. qui admitti.* Itaq; semper, & præcisè hæc bonorum possessio, beneficium hoc Prætoris, de quo *in d. l. 4. §. fin. & leg. seq.* necessarium est Emancipato. Et hęc responsio meo iudicio verissima, & tutissima est. Nec video qua ratione reprehendatur à Fabro *d. Cap. 10. Coniect. lib. 1.* qui asserit *decipi illos, qui in l. ventre comminiscuntur datum filio cohæredem, vel substitutum; quia si aliquis datus proponeretur, qui testamentum substineret, & vtiq; ventre pleno filius hæres esset ex testamento, posthumo non nato, quod tamen Papinianus negat apertè.* Nam id non intelligo, quomodo filius in potestate retentus, cui datus est cohæres, qui quidem filius decedit, pleno ventre, possit ex testamento hæres existere, etiam si postea posthumus non nascatur. Nam dum ipse decedit ignoratur an posthumus sit nasciturus, nec ne, quia verò potest nasci, & dum filius decedit testamētum in ea causa est, vt possit rumpi, ei non potest ex eo testamento, quod rumpi potest hæreditas deferri: quod si postea posthumus nō nascatur, verū quidē est testamētum à cohęrede sustineri, & ex eo hæreditatem deferri, sed nō potest eo tēpore ex testamēto hęreditas deferri filio, qui iam mortuus est, ergo filius nūquàm ex testamēto hæres esse potest, si moriatur, dū posthumus in vtero est. Nā dum moritur fieri hęres nō potest ex testamento, quod potest rumpi, quando mortuus est nullo modo hæres fieri potest. Iterum dum moritur ventre pleno non potest hęres fieri ab intestato, quoniam fieri potest, vt posthumus non nascatur, & sic à cohærede conseruatur testamentum, ergo dato cohærede, vel substituto, etiam filio suo necessarium est Prætoris beneficium, de quo *in d. l. 4. § fin. & l. seq. ff. de bon. poss. cont. Tab.*

Dubitari † sanè potest, vtrum *l. si fili-*
15 *us ff. de lib. & posth.* supplenda sit *ex l. ventre*, vt quod ibi Affricanus omittit addendum sit ex sententia Papiniani. Nempè concedere videtur Affricanus filium, cui nepos est substitutus decedentem, dum posthumus præteritus in ventre est hæredem non existere, alioqùi nepos ipse non esset Auo suus hæres, cui pater extitisset: quod quidem inspecto iure Ciuili benè procedit, quia filius hæres effici non potest, neq; ex testamento, neq; ab intestato, vt supra dictum est. Sed an poterit filius, vel ipsius hæres vti beneficio Prætorio, de quo *in d. l. 4. §. fin. l. seq. ff. de bon. poss. cont. Tab.* Videtur dicendum locum esse dicto beneficio, etiam in casu *d. l. si filius.* Nam ratio, cur Prætor filio succurrat in casu *l. ventre*, ea est, quia filius omni modo hæres esset futurus, si superuiueret, siuè posthumus nasceretur, ab intestato, siuè non nasceretur, ex testamento. Hæc eadem ratio viget in casu *d. l. si filius.* Sed in contrarium suadere videtur; quod in casu *l. si filius* datus est filio substitutus, qui quidem si posthumus non nascatur, potest ex testamento hæres esse ex voluntate testatoris, quod quidem ius non videtur posse filius nepoti substituto auferre. Cęterum verius sentio cum viro doctissimo Iacobo Cuiacio *lib. 3. obseruat. Cap. 21.* Affricanum *in l. si filius* loqui iure Ciuili inspecto, & supplendum esse quod ipse omittit de iure prætorio *ex l. ventre*, nam vbiq; eadem ratio est. Nec obstat quod filius eam bonorum possessionem accipiendo præiudicet nepoti substituto. Nam imò ius suum filius conseruat, quia vtroq; casu hæres futurus esset si superuiueret

vtroq; casu hæres futurus esset si superuiveret. Si enim posthumus non nascatur testamentum non rumpitur, ergo ipse filius si viueret admitteretur excluso nepote; hoc itaq; casu cõsiderato nulla iniuria fit nepoti; si filius beneficio Prætoris admittatur. Si nascatur posthumus, testamentum quidem rumpitur, sed hoc casu cessat ratio subueniendi nepoti ex voluntate testatoris, quę testamento rupto non attenditur, & adest ratio subueniendi filio, qui si superuiueret, ipse intestato patri hæres esset, non autem nepos; ergo quia filius omni modo rem esset habiturus, iure meritò beneficio prætorio ei succurritur.

Et hæc quo ad primum membrum distinctionis, de qua in hac nostra *l. fin.* quando scilicet filius institutus est sub cõditione potestatiua, quæ vltimo vitæ momento impleri non potest, quæ quidem conditio filio nepotibus substitutis, eosdẽ nepotes ad hæreditatẽ admittit, viuo filio, vel nullis datis substitutis ipsũ filiũ extremo vitę momẽto legitimũ facit heredẽ.

Videamus quid respondeat Vlpianus eo casu, quo filius est institutus sub conditione illa potestatiua, quæ vltimo vitę momento impleri potest, in qua scilicet factum filij non exigitur, sed potest per alium impleri, & ei filio dati sunt substituti, vel etiam nulli sunt substituti; vtrũq; enim casum definit Vlpianus.

Et quidẽ Vlpianus respondet hãc speciem conditionis viuo filio non admittere nepotes ad hæreditatem. Ratio est, quoniam vltimo vitæ momento, dum filius moritur, non potest dici conditionẽ defectã, cum imò adhuc illo vltimo momẽto possit impleri, ergo interim dum expectatur euentus conditionis, an scilicet impleatur, vel nõ, nõ potest illo extremo instanti nepotibus deferri ex substitutione hæreditas, sed tunc demum, cum filius mortuus est, cũ iam appareat impleri amplius conditionem nõ posse. Qua eadem ratione procedit id, quod subdit *in h. l.* Vlpianus, nẽpè solo filio instituto sub illa potestatiua conditione, quæ vltimo momento vitæ potest impleri, nepotes auo ab intestato hęredes existere: nempè quia dum expectatur an vltimo illo momento cõditio impleatur, filius hęres non fit, ideò eo mortuo hærede patri nõ facto, consequens est nepotes ipsi Auo
16 suos hæredes existere. Et hæc eadem ratio est, cur *in l. si filius 16. ff. de lib. & posthum.* si filius sit institutus, omisso posthumo, eiq; nepotes sint substituti, filiusq; interim decedat, nondum nato posthumo, ipsi nepotes, tùm Auo, tùm patri sui hæredes existant. Nam quantum attinet ad patrem, nulla dubitatio est, cum in ipsius potestate fuerint, mortis eius tẽpore, & in primo gradu. Quantum verò ad Auum pertinet, licèt filius eos præcederet, tamen nunquam in hæreditate Aui eos præcessit, cum moriens non fuerit hęres Aui effectus: non quidem ex testamento, quia poterat rumpi natiuitate posthumi; nec etiam ab intestato, cum adhuc testamentũ posset valere non nascẽte posthumo, & nepotibus ex eo hęre-
17 dibus existentibus: Itaq; quoad hęreditatẽ illã cum nullus eos præcesserit sui hæredes Auo nepotes fuerũt effecti § *cum autem Inst. Tit. de hæred. quæ ab intest. def. l. si quis §. si filium ff. de lib. & posth. l. si quis 6. §. 1 ff. de iniust. rupt. l. scripto ff. Vnde lib.* quod quidẽ intelligẽdũ erit de Iure Ciuili, secùs de Iure Prętorio iuxta supradicta.

18 Sed † maxima hîc occurrit difficultas. Si enim filio solo instituto sub conditione hac potestatiua, quæ vltimo vitę spiritu impleri potest, nepotes existunt hæredes Auo, & consequenter ipse filius vltimo illo momento non fit hęres patri, vt dicitur *in hac nostra l.* Cur hęres filius fit patri, qui solus institutus est posthumo præterito, & decedit, dum posthumus adhuc in ventre est, vt dicitur *in l. si filius 16. ff. de lib. & posth.* Videtur vbiq; eadem ratio. Nam si conditio illa, sub qua filius est institutus *in l. nostra. Si decè dederit*, ea ratione potest vltimo momento vitæ impleri, dum moritur filius, quia non exigitur ad eam implendam factum filij, sed potest alius nomine filij dare, illamq; implere. Poterit etiam vltimo vitę momento, dum filius moritur abortum mulier facere; quod enim posthumus nascatur, vel non nascatur ex facto filij non pendet. Ergo sicut in lege, quã explicamus hac ratione filius

dum viuit hæres non fit legittimus, ità nec fieri deberet legittimus hæres *in d. l. si filius.* Et ad idem facit tex. *in l. filius à patre* 28. *ff. de lib. & posth.* Proponitur ibi filiusfam. à patre institutus sub ea conditione, quę in ipsius potestate non est, & in defectum conditionis exhæredatus, quo casu rectè Pater testatur *l. iamdubitari ff. de hęred. inst. l.* 4. *C. de inst. & subst.* etiam si solus filius ità sit institutus, & exhæredatus, neq; datus ei sit cohæres, qui quidem casus proponitur *in d. l. filius* 28. *in prin.* vt constat *ex §.* 1. *eiusdem l.* ibi *Hęrede autem scripto ex parte filio*, ex quibus cum sint aduersatiua colligitur in superiori casu solum filium institutū in vniuersa hæreditate. Et ratio est, quia licèt ab initio certum sit non posse effectū vnquam habere exhæredationem, vtpotè cum nullus datus filio cohæres sit, qui illam substinere possit; tamē interim, cùm valeat testamentū, valet etiam exhęredatio, quæ statim vires accipit, non ex aditione hæredis, cùm imò potius ex non aditione hęredis infirmetur *l. filium quem §. sed cum exhęredatio ff. de bon. poss. cont. Tab.* Itaq; benè, & secundum prę scriptū iuris Ciuilis pater testatus est, qui sub conditione casuali filium instituit, & sub contraria conditione exhæredauit, quod sufficit, vt valeat testamentum. Sed hac de re nostrum non est nunc inquirere: potest enim defendi, & fortè facilius etiam datum cohæredē filio *in d. l. filius* 28. & eo dato adhuc veram esse ex iuris principijs decisionem illam. Itaq, ad rem nostram. Si filius ità sub conditione institutus, & sub contraria conditione exhęredatus decesserit, adhuc pendente conditione, vltimo vitę momento, hæres fit ab intestato, & ea ratio redditur, *quia dum vixit neq. ex testamento hęres, neq; exhęredatus fuit*; non enim existit conditio vel institutionis, vel exhæredationis. Cęterùm si vera est decisio *nostrę l. fin.* nempè filium sub illa conditione institutum, *si decem dederit* non fieri hęredem ab intestato patri, quia vltimo illo momento vitę adhuc conditio per alium impleri potest. Malè videtur responderi *in d. l.* 28. filium sub conditione casuali institutum, & sub contraria conditione exhæredatum interim decedentem, hæredem legittimum patri existere: cum imò vltimo illo instanti possit existere conditio, & sic possit filius ex testamento patri hæres existere; vt omnino euentus sit expectandus; adeò vt si conditio non existat, eo vltimo momento, dicendum sit filium neq; ex testamento, neq; ab intestato patri hęredem extitisse, prout *in hac l. nostra* respondetur.

19 Doctores † nostri vident difficultatem. Et Castrensis in repetitione *l. si filius* 16. *n* 23. *ff. de lib. & posth.* respondet, ipso quidem iure *in d. l. si filius* 16. testamentum non posse destitui, nisi mortuo filio, sed tamen singulariter hoc induci in fauorem filij, ne ea hęreditate priuetur, qui omni modo esset hæres futurus, & cui nulla culpa potest imputari, vnde ipso iure Ciuili vitę vltimo momento hæres fit legittimus, quod secùs est *in l. b n.* quia filio potest imputari cur conditionem non impleuerit. Et eadem responsio accomodari potest *l. filius* 28. *ff. eod. Tit.* Sed refellitur hęc responsio, non solum ex eo, quòd tùm *in d. l.* 16. *tum in l.* 28. nullum habetur verbum ex quo conijcere saltem liceat ius speciale induci: uerùm quia in utroq; textu ex mera iuris ratione, & necessitate deducitur filium ultimo uitæ articulo hæredem fieri. Nam *in d. l.* 16. ea redditur ratio, cur filius admittatur, *quia eo vltimo momento certum esse incipit, neminem ex eo testamento hęredem fore.* Et *in l. filius* 28. ea assignatur, *quia dum vixit neq; ex testamento hęres, neque exhęredatus fuit.* Pręterea cur opus fuisset hoc ius speciale inducere, si ipso iure filius non potuisset hæres fieri in ultimo uitæ articulo confestim? Non ne satis consultum ei esse potuisset, si bonorum possessionem accepisset iuxta *l.* 4. *§. fin & l. seq. ff. de bon. poss. cont. Tab. & l. venire ff. de acq. hęred?* Non debuit igitur hoc ius speciale induci contra regulas iuris: & ultimo uitæ momento, quo adhuc conditio potuit existere, & ex testamento filius hęres fieri testamentum ipsum ad irritū reduci, ut

vt filius ab intestato hęres fieret. Doctissimus Iacobus Cuiacius, & ipse difficultatem hanc videt, & mouet, sed nō resoluit, nec quidquam ad eam respondet, sed duntaxat textum ipsum explicat, qua ratione procedat, ne scilicet institutio, vel exhęredatio post mortem filij confirmetur. Sed cur ea ratione fit hęres legitimus filius, qui existente vltimo illo articulo conditione, vel deficiente, potest viuens hæres fieri ex testamento, vel ex testamento exhæredari? Videtur enim ipse vir doctissimus contraria dicere.

20 Ego † libentius differentiæ rationem audirem, quam assignarem. Dicam tamen aliquid, quod possit potius ad eam rationem indagandam prodesse, quàm difficultatem tollere. Certè mihi non satisfacio.

Considero igitur *in h. l. fin. ff. de cond. inst.* potestatiuam conditionem, quæ potest vltimo vitę momento impleri, id efficere ipso iure, vt testamentum, non nisi post mortem filij sub ea cōditione instituti, destituatur. Ratio autem est, quoniam irritum fieri testamentum non potest, quod institutus hęres in rebus humanis non sit, quia adhuc in vltimo vitæ momento constitutus viuit: nec potest ea ratione, quod defecta sit conditio, quia adhuc vltimo illo momento potest impleri, ergo cum nulla ratio sit, cur interim viuente hærede instituto testamentum destituatur, non nisi post mortem destitui dicendum est. Cęterum filio instituto sub conditione potestatiua, quæ vltimo vitæ momento impleri potest, vel etiam sub conditione casuali, vt *in d. l. filius* 28. vel pendente natiuitate posthumi, vt *in d. l.* 16. cum ipse filius moritur stàtim apparet filium ex testamento non extiturum hęredem, & consequenter, si solus sit scriptus constat neminem hæredem extiturum, vt dicitur apertissimè *in d. l. filius 16. ff. de lib. & posth.* Ratio autem est, quia licèt fieri possit, vt vltimo illo momento conditio, vel casus deficiat, vel impleatur, tamen prius est, vt conditio impleatur, quàm vt deferatur hæreditas quasi impleta conditione, nec potest eodem instanti impleri conditio, & eodem instanti deferri hæreditas, quę nonnisi impleta conditione defertur: ergo quamuis vltimo momento impleretur conditio, non tamen posset hereditas eodem momento deferri, sed stàtim paulò post eo momento, quod subsequitur. At verò sequenti momento filius iam mortuus reperitur, igitur deferri ei hæreditas non potest. Ad acquirendam itaq; hæreditatem ex testamento non prodest cōditionem vltimo vitę filij momento impleri, ergo vltimo illo momento, cum iam appareat non posse illum ex testamento heredem esse, quamuis conditio adimpleatur, eidem hæreditas ab intestato defertur *in d. l. filius 28. ff. de lib. & posth. & l. 16. eod. Tit.*

21 Quod † verò non possit eodem momento conditio impleri, & hæreditas deferri probatur *ex l. talem. ff. de hered. inst.* Si enim testator dicat, *Stichus liber esto, & si liber erit, hæres esto*; institutio non valet. Vnde opus fuit rescripto D. Marci, quo perinde ac si illa verba *si liber erit* adiecta non essent, factum fuit institutionem valere. Quę nam ratio est, cur non valeat ea institutio, & cur ea verba *si liber erit* haberi debeant pro non adiectis? non alia sane, quàm quia opus esset, vt anteà liber esset, quam heres; at verò non potest fieri liber, nisi dum fit hęres; ergo à se ipso, dum heres fit, accipere libertatem non potest, quia antea non potest hæres esse, quàm liber, liber verò non potest esse, nisi fit hæres. Quod si eodem momento, & impleretur conditio, & hæreditas deferretur, 22
esset simul seruus eodem momento, & hæres, & liber, & cessaret ratio, cur institutio non valeret, nec opus esset verba illa detrahere, *si liber erit.* Idem probatur *ex l. si Titius 16. ff. de cond. inst.* vbi si Testator ità dixerit, *Titius hæres esto, si Seius heres erit, Seius heres esto, si Titius hæres erit.* dicitur inutilem esse institutionem, ea ratione, quia conditio existere non potest. Si eodem momento, & conditio impleretur, & deferretur hęreditas, posset, & Titius, & Seius simul, & eodem

momento adeundo hæredes fieri; eodem enim momento delata hęreditate, & impleta conditione, hæreditatem ipsam delatã acquirerent. At non ità est. Ipsorum neuter hæres esse potest, antequàm alter hæres sit; prius est, vt sit illorum vnus hæres, quàm vt sit alter, & vt possit alter adire; & prius est, vt conditio impleatur, quàm vt deferatur hæreditas. Ergo illi adeundo hęredes non fiunt, cũ impossibile sit, prius illos hæredes esse, quàm hæreditatem adeant. Et miror sanè Antonium Fabrum *Coniect. lib. 20. Cap. 2.* hoc nostro textu abuti ad probandum interdum vnico momento, & conditionẽ impleri, & dispositionem effectũ sortiri, cũ contrariũ probetur apertissimè.

Dices, cur ergo in hac l. fin. quam explicamus, testamentum vltimo vitę momento nõ infirmatur, cum iam appareat, filium, etiam si conditio impleatur, illo momento hæredem tamen non exiturum? Respondeo ipso iure adhuc valere Testamentum. Licèt enim illo vltimo momento appareat, futurum nullum; tamen vltimo momento nulla causa est cur vitietur, nam adhuc hæres viuit, & conditio adhuc impleri potest, nec ex eo nunc corruere debet, quod futurum nullum sit: nam imò ex eo, quòd futurum nullum est, constat nunc irritum nõ esse.

Cur ergo, dices, vitiatur testamentum *in d. l. si filius 16. & in d. l. filius 28. ff. de lib. & posth.* cùm, & in casibus ibi relatis eadẽ omnino sit ratio, & quod institutus vltimo momento adhuc viuat, & quòd conditio adhuc vltimo illo momento possit impleri? Respondeo rationem esse, quia
22 in iure nostro conditiones illæ, quæ siuè existant, siuè non existant, non sunt habituræ effectum, non attenduntur, neq; expectantur *l. cum hæres 52. §. 1. ff. de acq. hæred. l. aliquando ff. ad Sen. Cons. Vell. l. pen. ff. de fideiuss.* At etiam si conditio casualis in *l. filius 28.* vltimo momento existat, etiam si vltimo momento abortum mulier faciat, non tamen ex testamento filius exiturus hæres est; ergo, quasi defecto testamento, vltimo illo momento filius ab intestato hęres fit *d. l. 16. & 28. ff. de lib. & posth.* Maximè quia alioqui filius ab vtraq; successione, absq; sua culpa excluderetur, quod esset iniquum. Et nullum bonum esset illis casibus, conditionis euentum expectare. Non ità est in casu huius legis fin. nam aliqua est vtilitas, si expectetur conditio-
23 nis euentus, quo casu lex expectat, argumento *l. si duo 93. ff. de solut.* Con-
24 ditio potestatiua id efficit, vt filius de necessario hærede fiat voluntarius *l. iam dubitari. ff. de hæred. inst. l. verba hæc 12. ff. de cond. inst.* ita vt, non aliter hæres existat, quàm impleta conditione. Si lex nollet expectare euentum conditionis potestatiuę, quæ vltimo vitæ momento posset impleri, beneficium ei datum à testatore, ne inuitus hæres fieret, adimeret. Si verò expectet id consequitur filius, ne hæres fiat, quod ipse maximè cupiebat. Ergo cum aliqua sit vtilitas, debet lex expectare conditionis euentum. In hoc casu fauor filij est, vt expectetur conditio. In casu legum contrariarum, maximum est filij præiudicium, si à paterna hæreditate excludatur. In casu nostro, filius, qui conditionẽ noluit implere, ostendit nolle se hæredem fieri. Non debet inuitus fieri à lege, dum adhuc ipso iure valet testamentum. In casu legum contrariarũ, præiudicium filij lex emendat, & inutilẽ conditionem, conditionisq; euentum nõ expectat. Filius in casu nostro dignus non est, cui subueniatur, qui noluit implere conditionem, & tantò minus succurrendum ei est, quod posset lex, dum ei subuenire vellet, beneficium à testatore acceptum, vt inuitus hæres non fieret, eidem auferre. In casu legum contrariarum, dignus est filius, vt ei succurratur, ne sine aliqua sui culpa, paterna careat hęreditate. Tandẽ in casu nostrę legis fin. nõ debuit lex paternam hęreditatem dare ab intestato filio, qui nisi beneficium fuisset conditionis potestatiuę, omninò necessarius fuisset effectus ex testamento. Vel enim tanquàm beneficiũ attendi debet conditio, vel si beneficiũ illud attendi nõ deberet, & respueret filius, ipso iure fieri deberet hæres necessarius ex testamẽto. Itaq; cum omnia sint diuersa in casu nostræ legis, & legum contrariarum, nõ mirum, si diuersa etiam decisio sit, quia in summa, in casu nostræ legis aliqua

vtilitas est, nulla verò in casu legum contrariarum.

25 Ex † his rursus explicari potest *d. l. filius 28. ff. de lib. & posth.* Nam, quamuis ponamus eidem datum cohæredem, qui sub conditione casuali est institutus, & sub contraria conditione est exhæredatus, tamen is cohæres hæreditatem adire non poterit, donec conditio, vel impleta, vel defecta non fuerit, ea ratione, quia fieri potest, vt interim, conditione pendente, filius decedat, & nullum sit testamentum, ideò interim cohæres datus adire non potest, argumento *l. si ege pen. §. fin. ff. de iniust. rup.* Ratio autem, cur si filius, pendente adhuc conditione, moriatur, testamentum rumpatur, & deficiat, illa est, quia in vltimo vitæ spiritu apparet, filium non exiturum ex testamento hæredem. Itaq; lex conditionem illam institutionis non amplius attendit, non magis quàm si defecta esset. Eodem momēto filius non reperitur exhæredatus, quia conditio exhæredationis non est impleta, ergo quasi præteritus testamentum rumpit, & ab intestato admittitur. Et hoc est quod dicit Iurisconsultus dum reddit rationem, cur filius ab intestato hæres fiat, *quia dum vixit, neq; ex testamento heres, neq; exhæredatus fuit*, videlicet, quia in vltimo vitæ articulo præteritum se inuenit, & ità nec institutum, nec exhæredatum, vt necesse sit testamentum corruere. Neq; † enim

26 lex debuit expectare euentum conditionis ad id duntaxat, vt filium ab hæreditate excluderet, argumento *l. 2. l. cum quidam ff. de lib. & posth. l. filium quem §. 1. ff. de bon. poss. contra Tab.* quamuis enim filius non posset in casu *d. l. 28.* decedens, pendente conditione, excludi vi exhæredationis, excluderetur tamen re ipsa, si lex euentum conditionis expectaret. Ergo, quoniam videt lex futurum ex testamento heredem filium non esse, quamuis conditio, vltimo vitæ instanti impleretur, conditionem non amplius attendit, sed, quasi defecta, non tamen conditione exhæredationis impleta, & sic filio præterito, eundem ab intestato heredem facit. Quoniam verò filio ità instituto sub conditione casuali, & sub contraria conditione exhæredato, cohæres dum viuit filius, conditione non impleta, hæres fieri non potest, quinimò nec post mortem eius, si conditione pendente decedat: ideo Iurisconsultus *in d. l. filius 28. in fin. prin.* per aduersatiuam subdit, posse heredem, post mortem filij, extraneum institui, si filius ipse pro parte fuit institutus.

Ex adhuc dictis intelligere possumus, qua ratione procedat *in hac nostra l. fin.* vt solo filio instituto sub conditione potestatiua, quę possit vltimo momento vitæ impleri, nepotes aut ab intestato hæredes existant, non autem ipse filius hæres legittimus patri fiat. Verum adhuc optima ratione dubitari potest, cur si filius sub illa conditione sit institutus, & nepotes ex eo eidē sint substituti, cur in quā, isti nepotes ad hæreditatem Aui, viuo filio non admittantur, sed ex substitutione, nonnisi post mortem filij veniant.

27 Nepotes † enim cum proponantur vulgariter substituti intelliguntur sub ea cōditione instituti, *si filius hæres non erit l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pup.* At verò hęc con-

28 ditio stàtim impletur, cum filius est constitutus in vltimo vitæ articulo, quia iam apparet hæredem eum existere amplius non posse; ergo eodem momento nepotes admitti debent, nec debet expectari filium mortuum esse. Nam stàtim atq; apparet, conditionem impleri amplius non posse, stàtim pro defecta habetur, nec quid amplius expectatur *l. hoc iure 10. ff. de verb. oblig.* In casu nostro apparet, filium hęredem amplius existere non posse; ergo stàtim impleta est cōditio substitutionis, ergo nepotes, etiam viuo filio, ad hæreditatem Aui admitti debent; conditio enim illa, *si hæres non erit*, impletur etiam viuo hærede instituto, cum apparet hæredem existere amplius non posse *l. fin. ff. quand. dies leg. ced.* Respondeo tamen, non admitti nepotes ex substitutione, viuo filio, si filius sit institutus sub ea conditione, quæ potest existere vltimo vitę momento, licèt verba conditionis videantur importare, vt stàtim atq; apparet filium non futurum hæredem, nepotes ipsi admittantur. Cum enim solo filio instituto lex non alijs deferat

ferat hæreditatem, nisi filio mortuo, & lex expectet etiam vltimum momentum vitę ipsius filij; non potest datis filio substitutis, prius substitutis deferre, quàm
29 filius mortuus sit: non † debet enim substitutis deferri hęreditas, nisi instituto excluso, *l. quamdiu 69. ff. de acq. hered.*
30 & † ex mente testatoris esse non videtur, vt prius substituti admittantur, quàm institutus admitteretur, quamuis verba prius vocare videantur substitutos, quod cõditio substitutionis ex verbis videatur impleta, vt textus est ad propositum elegans *in l. Publius Meuius §. Titia ff. de cond. & dem.* quod eo màgis dicendum in casu nostro, quia si expectatur vltimũ momentum vitæ filij, & interim lex attendit, an impleatur conditio, nec ne, neq; vltimo illo momento defert ab intestato hæreditatem, ne beneficium filio datum, vt hæres inuitus non fiat, eidem auferat, vt diximus supra; Multò magis erit expectandum, si pater filio dederit nepotes substitutos, nam si nepotes interim viuo filio admitterentur, eodem momẽto hęreditatem morienti filio acquirerent, & inuitum hęredem facerent *l. qui in aliena §. interdum ff. de acq; hered.* quod est contra mentem testatoris, qui vult filium non nisi impleta conditione admitti. Dum igitur adhuc, vltimo momento uitæ filij potest impleri conditio, non sunt nepotes admittendi; Secùs est, quando conditio deficit vltimo illo momento, quia apparet, filium eam implere non posse, ut in primo casu huius legis, ibi enim sicuti ipse filius, si solus esset institutus hæres legitimus patri fieret, defecta conditione testamẽti, ità nec quid amplius expectat lex ei datis substitutis, vt eisdem deferat hæreditatẽ, sed eodem vltimo momento uitæ filij, eos ex substitutione facit hęredes.

31 Monendum † hic est, Papinianum in hoc textu diligenter distinguere conditiones istas potestatiuas, & earum effectus, quod tamen sepè alij Iureconsulti neglexerunt, & absolutè de potestatiua conditione dixerunt, quod non potest, nec debet intelligi, nisi de altera specie potestatiuæ conditionis. Sunt ergo eorũ traditiones ex Papiniani distinctione explicandæ, & limitandæ. Nam. *in l. 4. §. sed & si filio ff. de hared. inst.* dicitur filio sub conditione potestatiua instituto, eiq; nepote, uel extraneo substituto, substitutum non posse existere hæredem viuo filio, sed duntaxat post eius mortem, quod quidem non est intelligendum de omni conditione potestatiua, sed de illa, quæ vltimo uitæ filij momento, potest impleri. Et contrà *in l. si filius 16. ff. de lib. & posth.* dicitur filio solo instituto, posthumo pręterito, si filius decedat pendente natiuitate posthumi, ipsum filium hæredem patri ab intestato existere, sicut euenire solet, cùm filius sub conditione potestatiua est institutus, & prius moritur, quàm illam impleat. Nam & hoc, quod dicitur de conditione potestatiua, intelligendum est de ea conditione, quæ ultimo momento uitę impleri non potest, iuxta distinctionem, de qua in hac nostra lege; ex qua explicanda est etiam *l. 1. §. sciendum ff. de suis, & leg.* & si qui alij loci sunt, in quibus indistinctè de potestatiua conditione agatur.

32 Tandem † una adhuc superest difficultas circa hanc legem fin. quam difficultatem omnium studiosorum crucem uocat Cuiacius *in explicatione huius legis ad Papin. lib. 13. quest.* Cum enim dixisset Papinianus filio instituto sub conditione potestatiua, quę ultimo momẽto uitę potest impleri, nepotes substitutos non admitti uiuo filio; nam & si substituti non essent, intestato Auo hęredes existerent; volens rationem reddere, cur hoc vltimo casu (videlicet si substituti non essent) intestato Auo hæredes existerent, inquit. *neq; enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur.* Quę sanè optima ratio est; vt enim probauimus, filio sub ea conditione instituto, testamentum ad irritum non reducitur, nisi mortuo filio, qui quidem patri ex eodem testamento hæres nõ extitit; Ergo hæreditas Aui primum nepotibus defertur, quos nunquam filius in ea hæreditate præcessit; Ergo sui nepotes hæredes existunt, sicuti contingit eadem ratione in casu *l. si quis filio ff. de iniust. rup. l. scripto ff. unde lib.*

l. 1. §.

l. 1. §. *sciendum ff. de suis. & leg.* Sed maximum facit negocium quod subdit Papinianus in sequentibus verbis. *Quemadmodum si exharedato eodem filio, nepotes cum filius moreretur hęredes fuissent instituti.* Ex quibus significat Papinianus quod sicuti filio sub ea cõditione instituto, nepotes Auo sui hęredes existunt, nec obstat ei pater, ità & sui existunt nepotes filio exhęredato instituti, in tempus mortis filij, nec obstat eis filius in illo vltimo momento, dum moritur. Quod tamen falsum videri potest, cum enim nepotibus hęreditas ex testamento sit deferenda, cum filius moritur; eo vltimo momento, quo nepotes iure potestatis, sub qua eos habuit Auus tempore mortis, hæredes fiunt, filius, eorumq; pater, licèt exhęredatus præcedit *l. si quis filio ff. de inius. rupt.* adhuc enim viuit; ergo illi nepotes non fiunt sui hæredes, imò nec hęreditatẽ sibi acquirunt, sed eodem momento patri, quæ apud ipsos, ne momento quidem, potest manere *l. placet ff. de acq. hared.*

Pręlaudatus vir doctissimus Iacobus Cuiacius asserit huius vltimi versiculi frustra sententiam quęri, cum locus sit mancus, & ita sit legendum. *Quemadmodum si exhęredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur fuissent: & hęredes instituti postea repudiassent.* Inquit enim vir doctissimus, voluisse Papinianum coniungere duos casus; quibus nepos fit suus hęres Auo, filiusq; ei non obstat, & in his verbis voluisse afferre casum, qui refertur *in §. cum autem quaritur Inst. Tit. de hared. qua ab intest. def. l. scripto ff. vnde lib. l.* 1. §. *sciendum ff. de suis, & leg.* Quæ quidem emendatio mihi valdè probatur. Cæterum, quia lectio illa Cuiacij est contra fidem omnium librorum, posset his improbari, qui nimis religiosi similes emendationes non admittunt.

Si itaq; communis omnium librorum lectio retinenda sit, existimo ità posse explicari Papinianum, vt in vltimo versiculo non casum similem præcedenti afferre voluerit, sed imò casum contrarium. In primo casu quando filius est institutus sub conditione potestatiua, q̃ vltimo vitæ momento impleri potest, si solus sit institutus, nepotes Auo intestato sui hęredes fiunt, quia pater eis non videtur obstitisse. At non ità est in secundo casu, si nepotes filio exhæredato sint instituti, cum filius morietur; nam hoc casu sui hæredes non existunt, cùm pater, qui adhuc viuit, dum illi nepotes ad hæreditatem admittuntur, eos præcedat, & sic illis obstet. Neq; repugnat huic interpretationi dictio illa *Quemadmodum* quæ similitudinem denotat. Nam in casu nostro dico non importare similitudinem, cùm in casu pręcedenti adsit negatio quæ referenda est etiam ad dictionem illam, *quemadmodum*, vt similitudinem neget; *vt in l. non quemadmodum* 35. *ff. de Iudic. & in l. non quemadmodum ff. de Agnoscend. liber.* Et sensus Papiniani hic sit. Si filius sub conditione potestatiua, quæ vltimo vitæ momento existere potest sit institutus solus, nepotes, conditione ab eo non impleta, Auo intestato fiunt hæredes. *Neq; enim filius videtur obstitisse, quemadmodum si exhęredato eodem filio; nepotes, cum filius moreretur hęredes fuissent instituti.* Sensus est. Neq; enim hoc casu filius videtur obstitisse, quemadmodum (supple) obstaret, si filio exhæredato nepotes essent instituti, cũ filius moreretur, vt nõ sic in secundo casu sit, prout in primo. Illa ergo negatiua negat similitudinem, & illos casus, tanquàm diuersos, & contrarios distinguit. Nec nouum id est apud probatos linguæ latinę auctores. Nam, & dictio *sicut*, quę æquipollet huic dictioni, *quemadmodum* apud Ciceronem *Epist.* 84. *in fin. siue Epist.* 6. *lib.* 6. non similitudinem, sed propter negatiuam diuersitatem constituit. Cum enim velit ibi Cicero significare, se ità à familiaribus Cæsaris amicè recipi, vt sic nullus alius recipiatur, sic loquitur. *Hoc amplius, quod me amicissimè quotidiè magis Cęsar amplectitur: familiares quidẽ eius, sicuti neminẽ.* Et linguæ latinæ peritioribus possunt similia exempla plura, obuia esse. Fateor in nostro casu, verba illa vltima legis ità concepta esse, vt possent etiam casum similem significare; posset enim Papinianus ità intelligi, vt quemadmodum

non

non obstat filius nepotibus in primo casu, ità nec in secundo: Sed tamen & possunt hoc sensu accipi, vt negatio præcedens neget similitudinem, & sic contrarius casus afferatur. In ambigua autem oratione, ea potius significatio accipiẽda est, quę vitio caret *l. in ambigua ff. de leg.* Itaq; ità ea verba accipienda erunt in casu nostro, vt nos explicauimus, vt scilicet similitudinem nõ cõstituant inter dictos casus, imò discrepantiam notent, cum hoc sensu vera sit Papiniani definitio, aliòqui vitiosa esset, & falsa, si vellemus ità intelligere, vt similes casus Papinianus coniungeret, vt supra ostendimus.

Quid intersit Legatum sit coniunctim, vel disiunctim, & quid per damnationem, vel per vindicationem, ad hoc vt partes ab initio fiant, vel concursu, & vt solidum, cuiq; sit præstandum, vel pars. Diuersitatis rationes assignantur. Cap. X.

SVMMARIVM.

Plura olim fuerunt genera Legatorũ. n. 1.
Eorumq; differentia, & diuersi effectus, remissiuè. n. 2.
Legato pluribus dato coniunctim per damnationem, partes ab initio fiunt. n. 3.
Per vindicationem dabantur, quæ in dominio testatoris erant. n. 4.
Legato per damnationem dato duobus disiunctim, quisq; solidum consequebatur, alius rem, alius æstimationem. n. 5.
Legata duobus eadem re per vindicationem coniunctim partes concursu fiebant. n. 6.
Sicuti, & partes concursu fiunt, re eadem duobus per vindicationem disiunctim legata. n. 7.
Referuntur rationes differentiarum à Fabro allata, & reijciuntur. n. 8. & seq.
Re aliena legata, si ea non præstetur, pręstatur ęstimatio. n. 9.
Legatum, si repudietur, nunquam legatum esse videtur, n. 10. & 23.
Legata re eadem duobus per vindicationem, dies legati cedit duntaxat pro parte, & cuiq; legatum pro parte defertur, etiam si vni purè, alteri sub conditione sit legatum. n. 11.
Legata duobus per damnationem coniunctim re eadem, ab initio partes fiunt, & incapax capaci facit partem n. 12.
Affert auctor rationẽ differentiarũ. n. 13. & seq.
Coniunctim is legat duobus, vel pluribus, qui vnica oratione illis legat. n. 14.
Qui coniunctim legat rem eãdem, semel tantùm eam rem vult pręstari n. 15.
Qui separatim duobus promittit rem eandem, vtriq; efficaciter obligatur, & solidum præstare tenetur. n. 16.
Hæreditas legatis obligatur, & per eam hæres. n. 17.
Testator dispositionem suam post mortem confert. n. 18.
Legatum est delibatio hæreditatis. n. 19.
Et legatum dicitur exire de hæreditate. n. 20.
Legatum ità rem legatam facit legatarij, prout hęreditas hęredis facit res singulas hæreditarias n. 21.
Testator, qui plures coniungit, omnes pro vno habet. n. 22. & 25.
Coniũcto legatũ repudiante retrò res fuisse videtur collegatarij, qui legatum agnouit. n. 24.
Corporis cuiusq; proprium est, vt Ius eorum, qui deficiunt, in alios recidat, qui superjunt, etiam in vnum n. 26.
Coniuncti in vnum corpus rediguntur. n. 27.
Etiam in Legato per vindicationem hęres obligatur, sed per consequentiam. n. 28.
Duo non possunt esse eiusdem rei domini in solidum n. 29.
Differentia inter Genera Legatorum hodie sublata. n. 30.

CVM Agimus de iure accrescendi. An partes ab initio fiant, an concursu, & consequenter, an locus sit iuri accrescendi, nec ne, pręcipue in Legatis intelligere non possumus, nisi sciamus vim, & potestatem Legatorum per damnationem, & per vindicationem, & ità inter ista legata differentias intelligamus. Quamuis † enim plura fuerint genera legatorum *§. 1. Inst. Tit. de leg.* tamen cętera ad hæc duo rediguntur, vt benè monet Cuiacius *ad l. si Titio 7. ff. de leg. 2. ad hunc Tit.*
1

Differentias † eorumq; legatorum diuersos effectus docuerunt partim *Vlp. in frag.*

frag. Tit. 24. Paul. recept. sent. lib. 3. Tit. 6. de leg. § interdum ad prin. Tit. Caius, lib. 2. Inst. Tit. 5. de Leg. partim, sicut colligere ex iure nostro; neq; enim potuerunt Tribonianus, & Socij ità differentias illas reticere, & supprimere, quin adhuc aliquę in libris nostris appareant.

Omnes itaq; eruditiores in hoc conueniunt. In primis multùm interesse, vtrum per damnationem relictum fuerit
3 coniunctim, an disiunctim. Nam † si coniunctim duobus, vel pluribus legatum per damnationem datum fuerit, & partes ab initio factę sunt, et locus iuri accrescendi non erit *Vlp. in frag. Tit. 24. de leg. §. si per damnationem*, & apertissimus est textus *in l. si Titio 7. ff. de leg. 2.* vbi habetur, decem Titio, & ei, qui capere non potest, legatis quinq; sola Titio deberi, & redditur ratio, *quia duobus hæres dare damnatur, & vnus capere non potest*. Nempè legatum illud quantitatis in genere non potuit per vindicationem, sed
4 duntaxat per damnationem dari: Per † vindicationē enim ea duntaxat dari poterant, quæ in dominio testatoris fuerant, vt docet Vlpian. *d. Tit. 24. § per vindicationem*. Et quid quid sit, decisionis suæ rationem ex eo desumit Iuris Consultus, quia hæres dare fuerat damnatus. Et de hoc genere legati accipiendi textus *in l. si duobus in prin. l. planè §. si coniunctim l. huiusmodi §. si Titio ff. de leg. 1.* Quod
5 si † per damnationem legatū duobus datum fuerit disiunctim, quisque solidum consequitur, vel rem, vel æstimationem. *Vlp. d. Tit. 24. § si duobus Caius lib. 2. Inst. Tit. de leg. Paul recept. sent. lib. 3. Tit. 6. de leg. §. interdum ad prin. Tit.* Et hoc genus legati intelligit *Iustinianus in l. vnica §. vbi autem legatarij Vers. sin autem disiunctim C. de cad. toll.* Et de hoc legato damnationis est textus *in l. non quicunq; § Qui Gaium ff. de leg. 1.* similis textus *in l. duos separatim ff. de vsufr. leg.* & de hoc eodem legato erat textus *in l. si pluribus 33. ff. de leg. 1.* Qui tamen à Triboniano fuit corruptus, respiciente ad Iustiniani Constitutionem *in d. l. Vnica §. vbi autem legatarij Vers. sin autem disiunctim C. de cad. toll.* Inter hoc autem legatum damnationis, & vindicationis rursus maximum est discrimen; Si enim per damnationem legatum sit coniunctim duobus, vel pluribus, partes fiunt ab initio, vt su-
6 pra dictum est. Si † per vindicationem partes concursu fiunt *Vlp. d. Tit. de leg. §. si duob. §. si eadem Inst. Tit. de leg.* Quod si per damnationem duobus, vel pluribus relictum sit disiunctim, cuique solidum debetur, vel res, vel æstimatio;
7 vt similiter supra dictum est. At † per vindicationem licèt disiunctim duobus legetur tamen solidum quisque non consequitur, sed si ambo concurrant, & ad legatum veniant, concursu partes fiunt *d. §. si eadem Inst. Tit. de leg. l. 1. § interdum ff. de Vsufr. accresc. l. si Fortèd anum C. de leg. l. Planè §. si coniunctim vers. sed & in pupillari ff. de leg. 1.*

Differentię sunt certissimæ, diuersitatis autem ratio admodum incerta; ità vt in tractatu de iure accrescendi hodiè, meo iudicio, nihil occurrat difficilius. Solus Anton. Fab. *de Error. Pragm. Decad. 50. Error. 2.* conatus est rationes diuersitatis afferre; & non omninò malè, sed tamen, non ità rem benè egit, vt nihil supersit agendum.
8 Ipse † *dicto err. 2. num. 6.* vtrum per damnationem legatum datum sit duobus, vel pluribus coniunctim, aut disiunctim & sic, vt primo casu partem, secundo casu solidum quisque legatarius consequatur; hanc reddit rationem, quia, quando testator coniunctim legat Titio, & Seio fundum, non potest ea accipi interpretatio, vt Titio detur res, Seio æstimatio, cum, vnitas rationis non patiatur, vt fundi nomen, alio sensu quoad Titium accipiatur, alio quoad Seium. Ergo cum fundum dari duobus voluerit testator, sitque impossibile vtrique in solidum dari, perinde erit, ac si pro æquis partibus dare hæres fuisset damnatus. At verò quando testator disiunctim legat fundum Titio, inde, & eumdem fundum legat Seio: Ipse ab initio sine dubio partes non facit, imò solidum fundum Titio legat, & licèt postea eumdem fundum leget Seio, tamen nulla

necessitas est partium conficiendarum, cum possit hoc secundum legatum accipi de æstimatione ipsius fundi.

Sed non plenè satisfacit Faber: Qui enim legat fundum duobus, siue coniunctim, siue disiunctim, nulli mágis legat æstimationem, quàm fundum, imò vtrique fundum legat. Æstimatio, quo casu vtrique fundus in solidum dádus est, ex rei necessitate præstanda est, quia scilicet impossibile est fundum utrique dari, et si fundus non præstetur æstimatio soluenda est *§. non solùm Inst. Tit. de leg.* quæ loco rei succedit, *§. si res aliena Inst. Tit. eod.* Cœterum æstimationem neuter petere potest, quę in obligatione non est, sed oportet, ut petat fundum, quamuis fortè pro fundo, sit legatarius æstimationem accepturus. Nihil ergo interest coniunctim, an disiunctim fundus duobus legatus sit, ubique enim fundus utrique legatus est. Si impossibilitatem solidum præstandi utriq; fundum, consideremus, eam etiam in legato disiunctim dato, reperiemus. Si uoluntatem testatoris dicamus efficere, ut utrique solidum præstetur in legato disiunctim: afferenda ratio erit, cur eadem uoluntas id non operetur in legato coniunctim dato.

11 Videamus quid afferat Faber pro solutione secundę, et tertię difficultatis (has enim Faber coniungit *d. err. 2. n. 7. et seq.*) Inquit ipse, re per uindicationē legata, nunquam fieri, ut uni res, alteri æstimatio debeatur, siue coniunctim, siuè disiunctim legatum fuerit. Differentiæ rationem desumit ex formula Legatorum: Obseruat enim uerba Legati per vindicationem ad legatarium dirigi non ad hæredem, cum è contra in legato per damnationem, uerba ad hæredem, non ad legatarium dirigantur. Ex quo fit, vt in legato vindicationis nulla necessitas sit partes conficiendi ab initio, cum fieri possit, vt non omnes legatarij ad legatum veniant, sed ità demum partes fiant, si omnes ad legatum concurrant, & rem legatam vindicent. At in legato per damnationē ex instanti mortis testatoris hæres obligatur ex voluntate testatoris, ad rem legatam præstandā, non expectata voluntate legatariorum, nec eorum concursu, qui non aliter concurrere possunt, quàm prius hęres obligatus sit legatorū præstationi. Ergo eo tempore partes fieri necesse est, cum pluribus legatum est coniunctim, non expectato concursu. Si verò legatum fuerit disiunctim, ex voluntate testatoris alteri res, alteri æstimatio præstanda, vt ipse idem Faber declarauerat in prima quæstione. Et quamuis eadem ratio impossibilitatis obseruari posse videatur in legato vindicationis, quia scilicet impossibile est rei dominium in solidū ad duos spectare, vt dicendum sit etiam in legato vindicationis partes ab initio fieri. Tamen respōdet Faber in legato per vindicationem expectādam legatariorum agnitionem, cum si fortè fuerit repudiatū nunquàm legatum fuisse videatur, *ex l. si tibi homo 9. cum seruus ff. de leg. 1. l. quædā sunt 15. ff. de reb. dub.* nulla igitur interim necessitas partes faciendi. Et licet etiam legato dato per vindicationem hęres personali actione teneatur, ideoque ad legatum sit obligatus, tamen obligatio illa principaliter non venit ex testatoris voluntate, sed iuris potestate, in consequentiam inducitur.

Cœterum etiam hęc Fabri responsio suas habet difficultates. Sicuti enim, quando legatum datum est per damnationem, non ante agere possunt, & concurrere legatarij, quàm hæres eis obligetur, ità nec ante possunt in legato vindicationis concurrere, quàm ius dominij in ipso transferatur; cum prius sit Dominos illos esse, quàm vt possint rem legatam vindicare: Et sicuti cum pluribus obligandus est hæres, necessitas exigit partes fieri, ità & cum in plures transferendum dominium est, cogit necessitas, vt res diuidatur, & partes fiant, cum impossibile sit plures eiusdem rei in solidum dominos esse.

Præterea cur potius expectandus euentus est in legato per vindicationem, quàm in legato per damnationem? nonnè repudiante eo, cui per damnationem legatum est, perindè est, ac si nunquam ei esset legatum, prout & idem dicitur in eo qui repudiat, quod per vindica-

per vindicationem acceperat? Ergo & in legato per damnationem expectandum est, an velit legatarius concurrere, & legatum petere: Nam, eo repudiante, apparebit, solum collegatarium habuisse hæredem sibi obligatum, qui legatum agnouit. Quod si dicatur necessarium esse, vt à morte testatoris hæres obligetur, ad hoc vt legatarij petere legatum possint. Dicam & ego, necessarium esse, vt interim diuidatur legatum, ad hoc vt legatarij, quibus per vindicationem res eadem data est, possint rem illam vindicare; prout † certè
11 diuiditur, non solùm si duobus, vel pluribus res eadem legata sit purè, sed & si alteri purè, alteri sub conditione; Ità vt, vel hac ratione, vel alia qualibet, stàtim quidem alter non concurrat, sed concurrere tamen possit. *A. si domino Stichus l. planè §. si coniunctim: vers. sed si in pupillari ff. de leg.* 1. Tandem ratio, quam affert Faber in legato per damnationem locum sibi vindicat duntaxat à die, & ab instanti mortis testatoris, vt eo duntaxat tempore necessitas vrgeat partes faciendi, prout ipse idem Faber expressè dicit, eo tempore partes fieri. At si id ità esset, etiam in legato per damnationem locus esset Iuri accrescendi, si forte vnus ex collegatariis, viuo testatore, decederet, vel alia ratione capere legatum non posset, quod tamen est falsum, cum
12 imò † stàtim in legato damnationis ab instanti testamenti, non mortis testatoris partes fiant: Vnde etiam si collegatarius ab initio capere non possit, vel quia res legata ipsius sit, vel quia in rerum natura non sit tempore testamenti, vel quia incapax, semper alteri legatario capaci facit partem *l. si duobus l. huiusmodi §. si Titio ff. de legat.* 1. *l. si Titio 7. ff. de leg.* 2. Quod non ità esse deberet, cum imò hæres, qui non potest incapaci obligari in solidum esset capaci obligandus; vel saltem nulla necessitas cernitur faciendi partes his casibus, cum incapax ad partem venire non possit, nec possit ei hæres obligari. Cum igitur ex traditis à Fabro rationes diuersitatis non satis appareant, videamus, an quid melius, quid clarius afferre possimus.

13 Et † vt a prima difficultate incipiamus, discriminis ratio est assignanda, cur si coniunctim res eadem per damnationem duobus legetur partes ab initio fiant, ità vt quisq; partem tantum consequatur: Si verò res eadem legetur duobus disiunctim, solidum cuique debeatur, alteri res ipsa, alteri æstimatio.

14 Existimo rationem hanc esse, quoniam † coniunctim legare duobus non potest testator, quin vnica oratione leget *l. vnica §. his ità definitis vers. hoc ità tam variè C. de cad. toll. colligitur ex l. triplici ff de verb. sign. & §. si eadem Inst. Tit. de leg.* Ergo qui coniunctim legat semel legat, & vnicum legatum constituit; Itaq; necesse est, vt res, quæ in solidum duobus præstari non potest, diuidatur, & diuidatur obligatio ipsius rei præstandæ,
15 quia † ex eo, quod semel legat, verisimile est velle testatorem ab hærede rem illam semel præstari; & sic per partes cuique, non cuiq; in solidum; vt respondetur in *l. eum qui 56 in prin. ff. de verb. oblig* quo exemplo etiam ibidem deciditur eum, qui sibi, & Titio decem stipulatur, verisimilius esse vna decem sibi, & Titio stipulari. Hac ratione si reperiatur scriptum duos certum stipulatos, nec adiectum sit, ità stipulatos, vt duo rei essent stipulandi, creditur singulos virilem partem stipulatos; sicuti è contra, si cautum inueniretur duos spopondisse stipulanti, nisi adiectum esset singulos in solidum spopondisse, crederetur partes viriles illos debere *l. Reos §. cum tabulis ff. de duobus reis.* Fit ergo ex voluntate testatoris, vt res pro partibus debeatur, quę duobus per damnationem coniunctim legata est, quæ quidem voluntas colligitur ex vnitate legati. At si duobus disiunctim testator leget rem eamdem per damnationem, duo constituit legata, &
16 bis legat rem eamdem: Et sicuti si separatim rem eamdem duobus dare quis obligetur, solidum duobus debet, ità vt solidum cuique præstare debeat, nec

nec solutione vni facta ab altero liberetur *Inst. Tit. de duob. reis in princ. l. quoties C. de rei vind. l. sine autem 9. §. si duob. ff. de publ in rem. act. l. qui tibi C. de hered. vel act. vend.* Ità, & qui separatim duobus legat hæredem suum duobus dare, vult obligare, valet enim in hac re argumentum à contractibus ad testamenta *d. l. cum, qui 56. ff. de verb. oblig.* Et quamuis res eadem duobus præstari non possit, non tamen impeditur obligationis duplicitas ad fauorem duorum, & quidem insolidum; sibi namq; imputet, qui promittit id quod præstare nõ potest, vel quoquomodo ad id se obligat; si enim obligationi satisfacere non poterit rem præstando, præstabit æstimationem. Cum igitur duobus rem eamdẽ præstare hæredem, testator obligat, id vult, vt cui res non præstatur, præstetur æstimatio, absolute enim vult rem eamdem heredem cuiq; præstare; quod ostendit separatim duobus legando, & duplex legatum eiusdem rei in solidum constituendo.

Sed, cur, si res coniunctim duobus legetur per damnationem partes ab initio fiunt; si verò per vindicationem fiunt nõ ab initio, sed concursu, & locus est inter legatarios iuri accrescendi? Quę fuit secunda quęstio à nobis proposita.

Ratio differentiæ est, quia in legato per damnationem, testator id agit, vt hæres duobus dare rem eamdem obligetur, non potest autem hæres duobus rem eamdem dare obligari, quin duæ constituantur obligationes, & quidem diuersę; altera, qua hęres vni obligetur, altera, qua alteri, & quidem obligetur per partes, cum testator, qui per damnationem coniunctim legat rem eamdem duobus, velit cuiq; partem pręstari, vt supra ostendimus; Et quamuis eo tempore, quo testator disponit, & testamentũ facit, neq;
17 hæres, neq; hæreditas obligetur, sed † demùm post mortem testatoris, ipsa hæreditas obligetur, & per eam hæres *l. sine à certis ff. de duob. reis.* Tamen ab instanti testamenti partes factę intelliguntur inter legatarios, cum testator ipse partes faciat ex eo, quod duobus dare rem eamdem heredem vult obligari; statim enim ostendit velle hęredem ad partes obligari, & statim apparet fieri non posse, vt hæres cuiq; obligetur, nisi ad partem. Cum enim lex subsequatur testatoris voluntatem, siue tempore mortis ambo extent legatarij, siue alter defecerit, vt vnus tantum superfit, perpetuò ad fauorem superstitis inducet obligationem pro parte, & distinctas ad partes obligationes inducet, si ambo legatarij supersint, & capaces sint; Si enim secùs faceret, non sequeretur voluntatem testatoris, qui, dum disposuit voluit distinctas ad partes obligationes induci ad fauorem cuiusq; legatariorum, & ità ab initio partes dedit. Et hęc eadem ratio est, cur, si stipuletur quis sibi, & Titio decẽ coniunctim, cum stipulatio pro parte Titij sit inutilis, ad quinque tantum obligationem acquirat *l. si mihi, & Titio. 110. ff. de verb. oblig.* nempè quia cùm duæ sint personę, duæ sunt constituendæ obligationes ex voluntate contrahentium, altera ad fauorẽ Titij, altera ad fauorẽ stipulantis, & quidem cum vnica summa sit, & semel præstanda *d. l. cum qui 56 ff. de verb. oblig.* quęq; obligatio ad partem constituenda est. Ergo ad fauorem stipulantis duntaxat ad quinq; Non mirum ergo si quinque tantùm stipulanti debeantur. Idem omninò contingit in casu nostro. Testator legat per damnationem rem eamdẽ Titio, & incapaci. Vult hæredem obligari cuiq; pro parte, statim apparet incapaci rem deberi non possę. Ergo consistet tantùm legatum, pro parte Titij capacis, & quidem in parte consistet, cum obligatio, quæ, nunquam valere potest ad fauorem incapacis, diuersa, & distincta ab ea, qua hæres Titio debuit obligari, non possit augere obligationem ad fauorem Titij.

In legato per vindicationẽ testator nõ id agit, vt hæredem suum obliget, sed id vult, vt dominiũ in coniunctos legatarios suo tempore à lege transferatur, non vult ipse dominium transferre; dispositionem † enim suam post mortem con- 18
fert *l. 1. ff. de Test.* Interim ergo id solũ agit testator, vt legatum designet magis, quam præstet, & rem, quam legat, ab hereditate delibat, & separat. Legatum enim

19 † enim est delibatio hæreditatis *l. legatum 116. ff. de leg. 1.* quę definitio de le-
gato solo vindicationis intelligenda; cũ
in legato per damnationem nihil ab hæ-
reditate separetur, duntaxat hęres ipse
obligetur, & est de mente Cuiacij *in l.*
20 *1. ff. de leg. 1. ad hunc Tit.* Et † hoc le-
gatum vindicationis est, quod dicitur de
hæreditate exire. *l. sed nec hęres 8. ff.
de ser. corrupt.* Testator itaq; dum per
vindicationẽ legat rem eamdem pluri-
bus, pręparat duntaxat legatum, & ab
hęreditate vniuersa separat, vt suo tem-
21 pore, sicuti † lex hæredem dominum
rerum singularũ hęreditariarum, dando
ei hæreditatem facit, ità dando legatum,
dominum rei legatę faciat legatarium *l.
legatum 80. ff. de leg 2. l. a Titio ff.
de Furt.* Nulla ergo necessitas est, vt
partes fiant ab initio; quamuis enim im-
possibile sit in plures eiusdem rei domi-
nium transferri, tamen tunc transferri
testator non vult, cum legat. Impos-
sibilitas diuisionem inducet, cum domi-
nium erit transferendum, interim nulla
impossibilitas est, sed est futura, & qui-
dem non certè est futura; fieri enim po-
test, vt nulla impossibilitas suo tempore
reperiatur; fortè vno superstite legata-
rio. Interim ergo nulla ratio est, cur fi-
ant partes. Si enim ad voluntatem tes-
22 tatoris respiciamus; cum † plures coniun-
gendo plures pro vno habeat (is enim
effectus est coniunctionis *l. vnica §. his
ità definitis Vers. hoc ità tam variè C. de
cad. toll. l. planè §. 1. ff. de leg. 1.*) Sine du-
bio rem ipsam diuidere non vult, sed soli-
dum illis dat, tanquàm vni. Ergo tes-
tator partes non facit, & potius volun-
tati testatoris repugnat partes fieri, nul-
la interim necessitas est partes faciendi:
Ergo interim ab initio partes non fiunt.
Non id ità est in legato per damnationẽ,
nam ex eo, quod vult testator, duobus
hæredem obligari, & sic distinctas ad
partes obligationes constitui, stàtim ab
initio partes facit, vt diximus. Quàm-
uis autem etiam in legato per vindica-
tionem, moriente testatore, & pluribus
superstitibus legatariis, quibus res ea-
dem legata est, futurum sit, vt partes fi-
ant, non potest enim lex legatum defer-
re cuiq; in solidum; sed defert pro parte,
vt supra dictum est; Tamen adhuc verũ
est, concursu partes fieri. Possunt enim
plures concursus considerari in legato
Vindicationis. Primus est à die mortis te-
statoris, quo dies legati cedit. Secundus
à die aditæ hæreditatis, quo dominium
in legatarios recta via transfertur *d. l. le-
gatum ff. de leg. 2. l à Titio. ff. de Furt.* Ter-
tius est, quo tempore legatarij legatum
agnoscunt. Primi duo concursus effici-
unt quidem, vt res diuidatur, sed tamen
solus tertius est, qui partes cum effectu
facit, & partes abstrahit, & aufert. Primi
duo diuidunt, sed partem non auferunt,
saltem cum effectu, & ratio est, quia si
contingat, vnum ex coniunctis legatarijs
repudiare, perinde erit, ac si nunquam ei
23 legatum esset; Et † sicuti legatario repu-
diante quasi res nunquam legata, semper
retrò fuisse hęredis creditur *l. seruum fi-
lij §. 1. l. si tibi homo § cum seruus ff. de
24 leg. 1. l. quadam ff. de reb. dub.* Ità † coni-
uncto repudiante perinde, ac si nunquam
res illi legata esset retrò eius legatarij to-
ta fuisse videtur, qui legatum agnouit.
l. Titio 34 cum duab. seq ff. ad l. Aquil. Cu-
ius rei rationem hanc esse existimo, quo-
niam pars illa, quę erat destinata, & à le-
ge delata legatario illi, qui repudiauit
iungitur cum suo toto; & ad suum totum
recurrit: totum verò est separatum ab
hæreditate, & est delibatum à testatore
in fauorem legatariorum omnium; &
25 quidem † ità omnium, vt pro vno om-
nes ab eo habiti sint, & vt vnus omnium
vice fungi possit *l. planè §. 1. ff. de leg. 1.*
Ergo donec vnus aliquis superest, nõ po-
test nec res ipsa, nec pars aliqua rei ad hę-
reditatẽ redire, sed necesse est redeat ad
suum totum, quod totum, cum separatũ
sit in gratiã legatariorum omnium, & cu-
iusq; ipsorum, ad ipsos, vel vnum, si vnus
26 supersit, spectare debet: Hoc † enim pro-
prium est cuiusq; corporis, vt alijs defi-
cientibus, ius omne ad superstites transe-
at, & etiam ad vnum si solus supersit *l.
sicut §. in decurionibus ff. quod cuiusq; vni-
27 vers.* Ergo cum † ex coniunctione co-
niuncti in vnum corpus videantur reda-
cti *l. Vnica §. his ità definitis Vers. hoc
ità tam variè C. de cad. toll.* Congruum
est, vt

est, vt partes deficientium ad superstites etiam vnum recurrant, cum ad hæreditatem nulla pars possit reddere, donec aliquis ex legatarijs superfit, & donec totum illud ab hæreditate distinctū potest conseruari. Non eadem est ratio in legato per damnationem, nam in hoc legato nō solùm ab initio factę sunt partes, & perindè est, ac si duæ res diuersę essent legatæ, sed res legata non est ab hæreditate separata. Hæres est obligatus dare duobus rem eamdem pro parte, & ideo duæ distinctæ inductę sunt obligationes; Si ex vnius repudiatione actiua obligatio in repudiante extinguitur, necesse est passiua extinguatur in persona hæredis, nec obligatio vni legatario acquisita potest ad collegatarium transire; cum obligationes de persona ad personam non transferantur; sed duntaxat

28 ad hæredes. Neq; † obstat etiam in legato per vindicationem obligari hæredem, cum, & actione personali possit conueniri *l. si pluribus 33 l. duob 85. ff. de leg. 1.* Nam hęres non obligatur principaliter ex intentione testatoris, qui dominium recta via vult in legatarios transferri, sed obligatur in consequentiam, quia cum totum negocium testamenti inter testatorem, & hæredem agatur *§ sed neq; heres Inst. Tit. de test. ord.* Congruum est, vt ipse hæres voluntatem testatoris seruet, & in hoc cum Fabro consentio.

Ex his facile est rationem differentię assignare inter legatum per damnationem disiunctim relictum, & legatum per vindicationem duobus similiter disiunctim datum. Nam ideo in illo solidū cuiq; debetur, quia, vt diximus non repugnat, quem duobus, ratione eiusdem rei, in solidum obligari, & ex eo genere legati ità disiunctim facti, colligitur testatorem voluisse hæredem ad solidum cuiq; dandum obligare, vt supra explicauimus. At in legato per vindicationem id agit testator, vt dominium rei in legatarios transferatur, non vt obliget hæredem. Ergo res ipsa cogit partes fie-

29 ri si ambo ad legatum veniant, cum † duo eiusdem rei dominium in solidum consequi non possint *l. si vt certo. §. fin. ff. commod.* Quod si alter repudiet legatum, licet quo tempore cessit dies, vel dominium translatum est, partes sint factæ, tamen totum ad collegatarium, qui legatum agnouit, pertinebit, cum in hoc casu constet, testatorem rem legatam ab hæreditate separasse in gratiā cuiusq; legatarij in solidum; vt donec eorum quis superest, qui possit rem acquirere, non possit ad hæreditatem redire, vt supra etiam diximus, quando de pluribus coniunctis actum est; Quod màgis in casu isto dicendum, cum expresse in solidum cuiq; rem legatam dederit testator, & sic in solidum in gratiam cuiusque ab hęreditate delibauerit.

30 Quamuis † autem hodie differentiæ sint sublatę inter hęc genera legatorum *§. sed olim Inst. Tit. de leg. l. 1. C. com. de leg.* qui tamen eas scire negligeret, nihil in tractatu de iure accrescendi intelligeret.

An differentia sit admittenda inter proprietatem, & Vsumfructum in casu l. Et Proculo 40. ff. de leg. 2. & l. 1. §. 1. ff de vsufr. accr. Cap. XI.

SVMMARIVM.

Legata proprietate Seruo communi locus non est inter condominos Iuri accrescendi. n. 1. Secùs legato vsufructu. n. 2.

Differentię ratio communiter a Doctoribus assignata refertur. n. 3.

Reprobatur n. 4.

Vsufructus consistit in vtendo fruendo. n. 5.

In Vsufructu cessat Ius accrescendi, si cesset coniunctio. n. 6.

Refertur sententia Cuiacij, & Fabri. n. 7.

Ius accrescendi inter eos est, qui concursu partes faciunt. n. 8.

Legatum seruo communi, vnus dominus totum acquirit, si aliqua ratione condominus eius legati sit incapax. n. 9.

Coniunctio efficit, vt plures vnius vice sint. n. 10.

Reijcitur Cuiacij, & Fabri sententia n. 11.

Refertur Conciliatio Belloni. n. 12.

Legatum vsusfructus quotidie videtur constitui

stitui. n. 13.
Reprobatur conciliatio Belloni n. 14.
Vsusfructus iuris est, non facti. n. 15.
Quodcunq; iuris est in persona serui non consistit, licèt eius executio, & vtilitas consistat in facto. n. 16.
Auctoris subijcitur conciliatio. n. 17. & seq.
Domini per seruos non acquirunt equaliter, sed pro portione dominica. n. 18.
Testator censetur se accomodare legis dispositioni. n. 19.
Vsusfructus per seruos domino quaesitus, mortuo seruo non extinguitur. n. 20. Sicuti nec eo alienato. n. 21.
Si seruus vni ex Dominis acquirere non possit, totum acquirit alteri Domino. n. 22.
Mortuo patre, cui per filium quaesitus erat vsusfructus, idem vsusfructus transit ad filium. n. 23.

1 EXistimant † comuniter Doctores
nostri inter proprietatem, & vsū-
fructum, & hanc differentiam cō-
stituendam, vt proprietate seruo comu-
ni duorum, vel plurium dominorum le-
gata, inter dominos iuri accrescendi lo-
cus non sit, si fortè vnus ex Dominis le-
gatum repudiauerit ex *l. Et Proculo 20.*
2 *ff. de leg. 2.* Sit † verò inter condomi-
nos ius accrescendi, si alter vsumfructū,
vel repudiauerit, vel amiserit *l. 1. §. 1 ff. de*
3 *vsus. accres.* Rationem † differentiae hanc
assignant, quoniam vsusfructus sicuti fa-
cilius accrescit, ità faciliùs ius coniunctio-
nis recipit. Faciliùs vtiq; accrescit, quàm
proprietas: Nā semel collegatario pro-
prietate quęsita in ea parte cessat ius ac-
crescendi: quamuis enim decedat qui par-
tem agnouit, eam ad suos hęredes trans-
fert, nec collegatario iure accrescendi
potest amplius acquiri: Si verò quoquo-
modo deficiat qui partem suam agnouit,
ea pars ad illos transit, ad quos, & cęte-
ra ipsius bona: Quod non ità est in vsu-
fructu, qui licèt semel legatario acqui-
situs, tamen si quoquomodo ille deficiat,
collegatario accrescit *l. 1. § interdum ff.*
4 *de vsus. accr.* Verum † ratio ista non ple-
nè satisfacit: Est namq; pręcipua ratio,
cur in vsufructu etiam post acquisitionē
sit locus iuri accrescendi nempe quę red-
ditur *in d. § Interdū* videlicet quia vsus-
5 fructus, quoniam † in vtendo fruendo
consistit *l. vnica in princ. ff. quand. dies*
vsusfr. leg. ced. quotidie constitui, & lega-
ri videtur, indè, & fructuarij quotidie vi-
dentur concurrere: Itaq; si ille, qui vsum-
fructum semel acquisiuit, & per aliquod
tempus fructus percepit, desinat con-
currere, qui superest totum vsumfructū
vindicabit. At verò nulla ratio datur,
cur in vsufructu, coniūctio, quae nulla est
6 subintelligatur: Nam † videmus etiam
in vsufructu coniunctione cessante, ius
accrescendi cessare, nec vllam coniun-
ctionem induci *l. 1. in princ. ff. de vsu-*
fr. accresc.
Doctissimus Iacobus Cuiacius *ad l. 16.*
ff. de leg. 1. & ad d. l. Et Proculo ff. de leg.
2. Anton. Fab. *ad d. l. 1. ff. de vsus. accr.*
in Rat. nullam esse in proposita facti spe-
cie differentiam inter proprietatem, &
vsumfructum constituendam existimāt:
Quamuis enim diuersa legamus respon-
sa in proprietate, & vsufructu, ta-
men non tàm diuersa ea censenda sunt,
quàm contraria; cum Iure Consulti illi
non tàm respexerint ad id quod proprie-
tas legata esset, vel vsusfructus, quàm ad
id, quod seruo comuni legatum esset. Et
alij existimarunt inter condominos ius
accrescendi non esse: Alij in contraria
fuerunt sententia. Nam Celsus Filius, &
Proculi, & Patris sententiam sequitur,
qui existimabant quod seruo comuni le-
gatum esset, si alter dominorum omitte-
ret, alteri non accrescere. Loquitur Cel-
sus indistinctè. Indistinctè etiam, &
Proculus, & eius Pater sēserant de quo-
libet legato seruo comuni dato. Ergo
siuè de proprietate, siuè de vsufructu age-
retur, nullum agnoscebant discrimen.
Quod magis intelligitur ex ratione,
quàm Celsus filius reddit. Inquit ipse,
nō enim coniunctim, sed partes videri lega-
tas; Nam si ambo vindicarent, eam quemq;
legati partem habiturum, quam in seruo
haberet. Sensus est ideo seruo comuni,
legato adscripto, non posse inter condo-
minos ius accrescendi esse, quia ius ac-
crescendi toties cessat, quoties partes ab
8 initio datae sunt; Cum † inter eos tantùm
ius accrescendi sit, qui concursu partes fa-
ciunt *l. idem Neratius 3. ff. de vsufr. accr.*
l. 1. §.

l. 1. §. fin. ff. eod. tit. §. si eadem res Inst. Tit. de leg. At seruo comuni legato relicto ab initio partes factæ sunt, & intelligitur legatũ dominis datum pro portione dominica. Ergo cessat ius accrescendi. Partes autem ità ab initio datas probat Celsus, ea ratione, quia, & si ambo domini ad legatum uenirent, tamen ipsorum quisque pro ea parte legatum uindicaret, quam in seruo haberet; Quòd argumentum est certissimum, istos ab initio partes habuisse, non autem concursu partes facere; nam si concursu partes facerent, quisq; virilem partẽ non dominicam auferret. Hæc autem ratio, quã Celsus reddit non solùm locum sibi vindicat legata proprietate, verum etiam, & in ipso vsufructu; Si enim verũ est legato dato seruo comuni, dominos ad dominicas portiones venire, & ità initio partes habere; idem obtinebit in vsufructu; Nam quisque dominus vsumfructũ habebit pro dominica portione, & sic cuique ab initio pars data intelligetur, ideoq; cessabit ius accrescendi.

Cæterum Iulianus, qui Sabinianus fuit, licet ex occasione responderit de vsufructu seruo comuni legato, contrarium absolutè censuit, nempè inter condominos esse locum iuri accrescendi, vt constat *ex d. l. 1. §. 1. ff. de vsufr. accr.* in qua refertur apud Iulianum quęsitum, Si comuni seruo vsusfructus, sit relictus, & vtrique domino acquisitus, an altero repudiante, vel amittente vsumfructum, alter totum haberet, & putasse Iulianum dicitur ad alterum pertinere. Vidit verò Iulianus rationẽ Proculianorum, qua mouebantur, vt crederent nõ esse inter condominos ius accrescendi, si comuni seruo esset relictum, nempè quia ab initio partes datæ dominis videntur, cum quisque pro dominica portione legatum vindicet: Et eam tollit. (Inquit enim) *Et licèt Dominis non æquis partibus, sed pro dominicis acquiratur, tamen persona eius, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere nõ proprietati accedere.* Quorum verborum is sensus est. Verissimum quidem est, quod Proculus dicebat partibus factis ab initio, locum non esse iuri accrescendi; partes verò factas

8 videri ex eo, quia Domini ad legatum
pro portione dominica admittuntur. At
quando seruo comuni testator reliquit,
vincum legatum fuit, & vni solidum
relictum, neque dominis testator illud
dedit, sed seruo. Itaq; non fuit testator
qui dominis portiones dedit distinctas,
sed lex, & quidem per concursum, nam
solido legato relicto seruo domini ambo
concurrunt, cum iure potestatis illis quę-
ratur. Cum verò plures domini sint,
& qui tanquàm domini veniunt, neces-
se est, vt pro dominicis portionibus le-
9 gatum diuidatur. Hinc † est quod si vnus
tantum dominus capax sit legati, solus il-
le ad legatum totum veniat *l. Plautius ff.
ad l. Falc. l. verum § cum seruo ff. pro soc.
l. si heres Vers. nam quod seruo ff. de opt.
leg.* non tam iure accrescendi, quàm
iure suę potestatis. Totum verò acqui-
rit, quod nullum adsit impedimentum,
quia scilicèt dominus non concurrit.
Cum verò lex ipsa partes dederit domi-
nis, solidum verò vni seruo testator re-
liquerit; ex voluntate testatoris debet
semper pars deficiens iungi, vt solidum
10 conseruetur; Si † enim quando testator
plures coniungit, ideò ex eius voluntate
iuri accrescendi locus est, quia veluti vni
legasse videtur *l. planè §. 1. ff. de leg. 1. l.
Vnica § his ita definitis vers. hæc ita tam
variè C. de cad. toll.* multò magis locus
esse debet iuri accrescendi, quando tes-
tator legat seruo, qui verè vni legauit,
licet potestate legis legatum fuerit diui-
sum. Hæc autem ratio, quæ affertur ab
Vlpiano, & Iuliano Iure Consulto pe-
rinde locum sibi vindicat in legato pro-
prietatis, ac in legato vsusfructus. Ergo
dicendum est dissensisse Iuris Consultos,
& Iulianum à Celso, & Proculo, cum
ille Sabinianus esset, & cõtrariæ Scholæ.
11 Sed † quamuis suprascripta responsa
ab his manauerint, qui contrarię Scho-
lę fuerunt, non tamen statìm dicendum
contraria, & repugnantia continere, sed
inuestigandum prius, an aliqua sit ratio
dicta illa conciliandi; neque enim omnia,
quæ à Proculianis proferuntur contra-
ria sunt his, quæ à Sabinianis tradita sunt.
12 Bellonus † itaque *in tractatu de iure
accrescendi Cap. 5. Quæst. 40. num. 30. &
seq.*

seq. conatur differentiam defendere inter
proprietatem, & vsumfructum, negatq;
aliquam esse Antinomiam. Rationem
autẽ hanc differentiæ assignat inter pro-
prietatem, & vsumfructum, quòd vsus-
fructus tanquàm quid in facto consi-
stens *l. vnica in prin. ff. quand. dies vsuf-*
fr. leg. ced. manet, & residet in persona
13 serui. Et † quoniam quotidie constitui-
tur *l. 1. §. intendum ff. de vsufr. acer.* ideò de-
ficiente vno ex Dominis, ipse seruus rur-
sus alij domino acquirit partem illam va-
cantem, cessante iam impedimento, &
concursu alterius domini.
14 Sed † hęc responsio, si ità simpliciter ac-
cipiatur, valde iuris principijs repugnat,
certum enim est, & fatetur idem Bello-
15 nus † vsumfructum nõ facti esse sed iuris
§. 1. Inst. Tit. de vsufr. ideo in persona ser-
ui consistere nõ posse; quàmuis ipsius exe-
cutio, & vtilitas consistat in facto. *argu-*
mẽto l. stipulatio ista §. hi qui ff. de verb.
obl.
16 Igitur † pro pleniori responsione. Ego
cum Doctoribus comuniter existimo,
quod respondetur licèt generaliter, & in-
distinctè *in d. l. & Proculo*, accipiendũ de
proprietate, & de omnibus alijs rebus ex-
cepto vsufructu. Certum enim est in o-
to Iure generi per speciem derogari *l. in*
toto ff. de reg. Iur. Quod ergo generali-
ter definitur *in d. l. Et Proculo* limitan dũ
est ex *l. 1. §. 1. ff de vsufr. acer.* vt scilicet
locum non habeat in vsufructu.
Si itaq; de proprietate agatur, quæ ser-
uo comuni relicta sit, verissimum est,
quod habetur *in d. l. & Proculo* vno ex
dominis legatum omittente, & repudi-
ante alteri ex dominis non accrescere.
Et ratio optima ibi affertur, quia *non co-*
niunctim, sed partes datę sunt. Nempè te-
stator legauit seruo non dominis, seruo
totum legauit, dominis non item, Sed
si volumus testatorem personam domi-
norum considerasse, sine dubio illis non
coniunctim legauit, sed partes dedit. Nẽ-
pè testatorem, quem oportet legis dispo-
sitionem sequi dum seruo legauit, opor-
tuit voluisse Seruo in eodem statu ma-
nente, cum dies legati cederet, legatum
deferri, indè acquiri dominis, & quidem
17 pro dominicis portionibus, Cum † lex ad
ea, quæ per seruos acquiruntur, dominos
admittat pro dominica portione *l. Seruus*
5. l. proinde 7. in prin. ff. de stipul. ser. §. fin.
Inst. Tit. eod. l. comunis seruus 45 in fin ff.
18 *de acq. rer. dom.* Et † testator censetur se
dispositioni legis accomodare *l. si Pater-*
familias 44. ff. de hered. inst. Ergo ab ini-
tio censetur testator dominis dedisse do-
minicas portiones; si modo seruus, & do-
mini in eodem statu manerent Certè eos
non coniunxit testator, neq; eos tanquàm
vnum considerauit, nec voluit in acquisi-
tione legati, eos tanquàm vnum venire,
sed se remisit dispositioni legis, quę cum
legatũ diuidat, & diuidisse censetur testa-
tor. Argumentum vero huius rei certis-
simum est, quia si ambo domini perueni-
rent ad legatum non virilem quisq; habe-
ret partem, sed dominicam; quod non ità
esset, si testator eos coniunxisset, vt par-
tes concursu facerent, quisq; enim viri-
lem auferret partem.
At si agatur de vsufructu non eadem
ratio est, quamuis enim vsusfructus, vt po-
tè qui in iure cõsistit in persona serui ma-
nere non possit, tamèn quia vsusfructus
personalis est, & seruo relictus; visum est
iuris effectum in persona domino ũ esti-
mandum ex persona ipsius serui. Aut saltẽ
visum id est Sabinianis, intèr quos erat,
Iulianus, qui hac ratione existimabat, ser-
uo mortuo, Vsumfructum domino quę-
situ extingui. Certe magna ea de re erat
19 controuersia. Vnde † opus fuit Iustiniani
constitutione *in l. fin C. de vsu, & habit.*
qua decisum est non extingui semel ac-
20 quisitũ vsumfructũ. Inde † etiam alia quęs-
tio erat, an Domino per seruũ quęsito vsu-
fructu, si ipse seruus pro parte alienare-
tur vsusfructus, aut intercideret, aut diui-
deretur inter dominos, an saluũ primo do
mino maneret; in qua etiã necessaria fuit
Iustiniani constitutio *in l. antepen. C. de*
vsu, & habit. Cõstat igitur placuisse olim
Iuris Cõsultis vsumfructũ quidẽ domino
acquiri, sed in persona domini ex persona
serui ęstimandũ. Ità vt vel in domino cõti-
nuetur, vel minuatur, vel intercidat Vn-
de hac ratione in vsufructu illud recipi
potuit, vt etiam, quoad portionẽ vacantẽ
Ius omne in dominis ex persona serui iu-
dicaretur. Et cũ seruo totus vsusfructus

fit legatus, totus cōferuari debebit, donec ipfe feruus conferuabitur. Et ficuti fi ipfe feruus vfusfructus capax effet, totū vtiq; cōfequeretur, & retineret, donec viueret in eodem ftatu. (Certè vfusfructus pro parte ad proprietatē nō tranfiret) Ità nec ad proprietatem redire debet, vno ex dominis vel repudiāte, vel partē fuam amittente, fed debet ad alium condominum tranfire. Eo magis quia vfusfructus quotidie quodamodo videtur conftitui *d. l. 1. §. interdum ff. de vfufr. accr.* Ita vt licèt verē dies eius femel cedat, tamē quodamodo quo ad hunc effectum quotidie videatur cedere dies in perfona ferui, qui vno ex dominis deficiēte, & incapace vfusfructus effecto, totum vfumfructum alteri
22 condomino acquiret; Cum † regulare fit; vt quod feruus vni ex dominis acquirere non poteft, acquirat alteri *l. proinde §. fin. cum l. feq. l. 1. §. communis feruus l. fi communis 17 ff. de ftip. feru. d. §. fin. Inft. Tit. eod.* Quę quidem ratio poteft Tribo-
23 niano placuiffe, cum † Iuftiniano, & ipfi placuerit perfonam ferui, & filijfam. infpici in vfusfructu, adeo vt cōftituerit *in l. fin. C. de vfu & hab.* mortuo patre, cui per filium erat acquifitus vfusfructus ipfum vfumfructum manere apud filium; quę quidem conftitutio locum habebit etiam in feruo; fi fortè interim, viuo domino, liber fuerit effectus.

Nō idem dici poterit, legata proprietate in qua femel, die legati cedente, nullà ratio eft, cur ferui perfona infpiciatur, cum abfolutum legatum fit, nō perfonale, vt eft legatum vfusfructus. Et hæc meo iudicio omnium certiffima ratio eft dictas Iurifconfultorum traditiones conciliandi.

Portio deficiens, an cū onere accrefceret ante conftitutionem, de qua in l. licet ff. de leg. 1. Ad l. 1. §. fi cohæredis ff. ad l. falc. Cap. XII.

SVMMARIVM.

A*NTE Conftitutionem Seueri portio accrefcebat fine onere. n. 1.*
Lex Papia in caducis iugum fuum non impofuerat liberis teftatoris vfq; ad tertium gradum. n. 2.
Conftitutio de qua in l. licet ff. de leg. 1. *producta eft ad cohęredem teftamentarium. n. 3. Inde & ad cohęredem legitimum. n. 4.*
Hęreditatem videtur dare legitimo hæredi, qui ab eo fideicommiffum relinquit, quia non adimit. n. 5.
Fideicommiffa ab hærede legitimo relicta non debentur ab hęrede vlterioris gradus. n. 6.
Proponitur difficultas ex l. 1. §. fi cohęredis ff. ad l. falc. *n. 7.*
Adfertur ad eum §. Cuiacij interpretatio. n. 8.
Rejicitur Cuiacius. n. 9.
Portio caduca Fifco acquirebatur non coniuncto. num. 10.
Coniunctio non eft fubftitutio, fed coniunctus capit portionem deficientem cum onere, prout, & fubftitutus n. 11.
Filius legata non præftabat debita ex portione caduca; quę ei accrefcebat. n. 12. Pręftabat tamèn fideicommiffa debita à legatario fi legatum apud ipfum manebat. n. 13. Prout & quilibet alius hæres n. 14. Etiam ex teftamento militis. n. 18. Cuius rei ratio redditur. n. 15.
Fideicommiffum fi à legatario non præftetur res legata apud ipfum legatarium manet. n. 16.
Fideicommiffarius, cui relictum eft à legatario, cogit legatarium fibi cedere actiones aduerfus hæredem. n. 17.
Legata, quę manent apud hæredem computantur in falcidiam; & cur num. 19.
Subjcitur ad l. 1. §. fi cohæredis *auctoris interpretatio. n. 20.*
Caduca vindicabat per l. Papiam, *qui liberos habebat iuxta numerum ab ea lege ftatutum. n. 21.*
Refpublica intereft liberis hominibus repleri ciuitatem. n. 22.
Fifcus bona femper vindicat cum onere. n. 23.
An emendandus Vlpiani locus in fragm. Tit. de Caducis §. hodie. *n. 24.*

Certum

CErtum † est ante constitutionem
1 Seueri, & Antonini, de qua *in l.*
licet 74. ff. de leg. 1. Si fortè por-
tio vni ex hæredibus data iure accrescen-
di ad vnum, vel plures cohęredes per-
uenisset, ad illum, vel illos sine onere
spectasset, vt scilicet omnia interciderent
ab illo nominatim relicta, cui testator
eam portionem dederat, quod probatur
apertè *ex l. Celsus aliàs l. pater 29. in §. 1.*
& 2. ff. de leg. 2. Dicitur enim *in §. 1.* fi-
deicommissũ ab uno hęrede nominàtim
relictum ex voluntate testatoris ità de-
mùm deberi, si ille extiterit hęres, & *in*
§. fin. subijcitur filium testatoris, cui por-
tio eius hæredis accrescit, à quo nomi-
natim legatum datum est, legatum non
pręstare, quod iure antiquo capit. Nē-
2 pè † quia licèt Lege Papia factum esset,
vt quæ caduca essent, vel in causa caduci
reciderēt in Fiscum, tamen ea lex iugum
suum parentibus, & liberis testatoris vs-
que ad tertium gradum non imposuit:
Vndè portiones cohęredum deficientes,
& quę alioqui essent in Fiscum redigen-
dę iure antiquo capiebat filius, quod qui-
dem ius antiquum intactum liberis præ-
dictis conseruauerat *l. vnica in prin. C.*
de cad. toll Qua ratione Celsus filius res-
pondet, cum portio deficiens iure anti-
quo ad filium spectet, non esse ab illo
legatum pręstandum, quia suo tempore
portio, quo casu accrescebat hæredi, sine
onere accrescebat. Hac ratione Iulianus
etiam, qui ante Seuerum vixit, dicebat
altero ex legitimis hęredibus suam por-
tionem repudiante, à quo fuerant fidei-
commissa relicta, alterum cohęredem
non esse cogendum fideicommissa præ-
stare; Cuius rei rationem reddebat gene-
ralem, quod portio ad cohęredem sine
onere pertineret *l. si Titio & Meuio 61. ff.*
de leg. 2. Cœterum post prędictam Con-
stitutionem Seueri, qua inductum fuit,
ut etiam si de voluntate testatoris non
appareret, tamēn semper censeretur te-
stator legata ab institutis data à substitu-
3 tis repetijsse; hoc † ius etiam ad cohære-
des productum fuit, qui quoquo modo
iure accrescēdi ad cohæredis portionem
venirent *l. 4. C. ad Sen. Cons. Trebellian.*
Ea forte ratione, quoniam si onera subit
is, qui expressè ab eodē testatore in por-
tionē deficientē vocatus est, & substitu-
tus: Quantò magis ex voluntate testato-
ris onera suscipiet is, qui ex testamento
quidē eius venit, sed ad deficientē porti-
onem à lege vocatur, & in ea portione
minus est dilectus substituto Quidquid
sit; quęcunq; fuerit ratio, pro expedito
habitum est *in d. l. 4.* constitutum in sub-
stituto locum etiā sibi vindicare in cohę-
4 rede testamētario; Indè † idem ius etiam
ad cohęredem legittimũ productum *d. l.*
si Titio 71. §. Iulianus ff. de leg. 2. fortè ex
rationis paritate. Nam licèt legitimus nō
veniat ex testatoris voluntate, sed ex le-
5 gis dispositione, tamēn quoties † quis fi-
deicommittit ab hęrede legittimo, eo ip-
so videtur ei dare, quod non adimit *l. 1.*
§. sciendum ff. de leg. 3. cogitat enim de
hęrede, & eum esse permittit, qui ex di-
spositione legis venit; cum posset alium
pro arbitrio sibi instituere. Ergo dum
quis scit duos (exempli gratia) sibi futuros
legittimos hęredes, et vult aliquid pręsta-
ri fideicommissũ ab vno cogitat vtrumq;
se hęredem ab intestato habiturum. Er-
go vtriq; dare videtur: Vult tamēn vt fi-
deicommissum pręstetur ab vno; Ergo si
vnus ille defecerit, alter fideicommissum
pręstabit, nō minùs quàm cohęres testa-
mentarius, nempè quia, & de ipso cogi-
tauit defunctus, cum eum sibi hæredem
fieri legittimum permisit; Et qua ratione
hęres testamētarius onera subit, eadem,
et iste legittimus suscipere onera debebit.
6 Planè † si hęreditas ad vlteriorem gradũ
perueniret, eam acciperent hęredes sine
onere *d. l. 1. §. illud certè ff. de leg. 3.* quo-
niam scilicèt isti, non ex permissione de-
functi viderentur accipere, de quibus nō
cogitauit, sed màgis absolutè ex lege:
Vnde nec repetere voluisse fideicommis-
sum ab his videri posset defunctus, quos,
vel quorum aliquem non grauauit, nec
7 hęredes habiturum cogitauit. Hęc † cum
ità sint, & cum post prędictam Seueri
constitutionem receptum fuerit portio-
nem cum onere accrescere, quę ante prę-
dictam constitutionem sine onere ac-
crescebat; difficilè mihi videtur expli-
care *l. 1. §. si cohæredis ff. ad l. falc.* vbi di-
citur, si portio cohęredis mei exhausta

I 2 legatis

legatis ad me perueniat iure accrescendi,
qui portionem habeo integram Cassium
existimasse in computanda falcidia por-
tiones esse confundendas, Proculum
tamen contrarium sensisse, cui Iulianus
assensit, & quam sententiam Paulus le-
gis auctor comprobat, eo non obstante,
quod portiones miscendas D. Antoni-
nus iudicauerit, & cum Paulo consentit
Caius *in l. quod si alterutro 77. ff. eod. tit.
ad l. Falc.* Ex quo contextu licet intelligi
possit dubietatem fuisse, utrum portiones
essent confundendæ, uel non, ad hoc ut
detraheretur ex legatis falcidia, uel nō:
tamen simul apparet illud fuisse indubi-
tatum legata debita ab hærede, cuius por-
tio defecit esse à cohærede præstanda, ad
quem iure accrescendi deuenerunt; cum
hoc tanquam certissimum ab omnibus
supponatur, nec in quæstionem reuoce-
tur, imò, eo tanquam uerissimo posito,
& admisso, quæritur duntaxat, an por-
tio deficiens exhausta suppleri debeat ex
portione integra, quam habet is, ad quē
transit iure accrescendi portio deficiens.
Et quod negocium in proposito nostro
facit illud est, & Cassium, & Proculum,
& Iulianum illud supposuisse, quod di-
ximus, nempè portionem cum onere ac-
crescere, cum tamen supra fuerit osten-
sum eorum Iurisconsultorum tempore,
ante constitutionem Seueri portionem
sine onere accreuisse.

8 Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad
l. in ratione §. fin ff. ad l. falc. ad Pap.*
existimat distinguendum utrùm portio
accrescat, quòd repudiata sit à cohærede,
& hâc inquit hodie accrescere cum one-
re ex constitutione Seueri, olim accre-
uisse sine onere legatorum, neq; de hac
quid sensisse Proculum, aut Cassium, aut
Iulianum. An verò portio accrescat,
quod defecerit mortuo hærede post tes-
tamentum viuo testatore, vel post mor-
tem testatoris ante apertas tabulas, &
hanc portionem deficientem omni iure
accreuisse cum onere præstandorum le-
gatorum, etiam ætate Cassij, & Iuliani,
& Proculi, sicut legata, quæ deficiebant
similiter cum onere remanebant apud
hæredem *l. Celsus 29. in prin ff. de leg.
2.* & hac in re inquit Cuiacius fieri com-
parationem legatorum cum portione
hæreditatis *d. l. quod si alterutro.* Addit
enim etiam iure nouo, idest per legem
Iuliam, & Papiam eam portionem accre-
uisse cohæredi excluso Fisco cum onere
legatorum: Coniunctionem enim ex-
cludere Fiscum sicut substitutio, cum co-
niunctio tacita sit substitutio.

9 Sed † hæc Cuiaci, distinctio, si nihil
aliud addatur, vix poterit persuaderi.
Quid enim interest repudiata portio sit,
an defecta, ad hoc vt sine onere ad co-
hæredem transeat, vel cum onere? Ni-
si ratio afferatur differentiæ, non sine ra-
tione ea distinctio merum refugium vi-
debitur ad difficultatem euadendam.
Præterea falsum est quod asserit vir doc-
tissimus, coniunctum Fisco potiorem fu-
10 isse, nam † imò quæ deficiebant recide-
bant in Fiscum, non in coniunctum;
Quod probatur *ex d. l. Celsus 29. §. fin.*
Nam portio cohæredis deficiens accresc-
cit filio testatoris ea ratione, vt ibi dici-
tur, quia iure antiquo capit. Ergo, nisi
id ità esset, ad Fiscum spectaret Confirma-
tur *ex Vlp. in frag. Tit. de leg. 24 § si duob.*
vbi expresse docet partem coniuncti nō
concurrentis post legem Papiam cadu-
11 cam fieri. Neque † enim coniunctio est
tacita substitutio, licet coniunctus, perin-
de ac si esset substitutus portionem ac-
crescentem cum onere consequatur *l. si
Titio § fin ff. de leg. 2.* Tandem si omni
iure portio deficiens accreuisset cum
onere, etiam filius, cui portio cohæredis
deficiens accrescebat legata præstitisset,
12 & tamen † non præstabat *d. l. Celsus §.
fin.* Nec dicatur ibi agi de portione re-
pudiata. Nam si repudiata portio fuisset,
eam non accepisset iure antiquo, sed tan-
quàm quilibet. Nam nullo Iure portio
repudiata facta fuit caduca, vt constat
ex l. Vnica C. de cad. toll. & portionē repu-
diatam sine onere transisse, fatetur Cu-
iacius. Neque est comminiscendum ali-
quod filij priuilegium. Nam si regulare
fuisset ex portione deficiente legata præ-
13 stari, etiam filius præstitisset Sicuti † fi-
lius hæres onera legatario imposita, de-
ficiente legatario præstat *d. l. Celsus 29.*
14 *in prin. ff. de leg. 2.* Nēpe ea ratione, quia,
& quilibet alius hæres onera legatarijs
impo-

imposita præstabat, si legata ad hæredẽ peruenissent, & legatarijs non fuissent acquisita *l. si ab eo 9. ff. de vsu. & vsufr.*
15 *leg.* Quod † ideò ità fiebat, quia, qui grauat hęredẽ, vt det fundum, vel vsumfructũ, & contemplatione eius fundi, vel vsufructus, onus aliquod imponit legatario, multò magis ipsi hæredi illud fuit impositurus, quẽ iam in fundo onerauit, vel vsufructu, in quo magis dilexit legatarium; cum † si fortè onus non pręste-
16 tur legata tamèn res apud legatarium maneat *l. Iulianus 62. ff. de leg. 2. l. Pater 5. fideicommissi ff. de leg. 3.* Itaque si res legata ad hæredem perueniat, debebit hęres præstare fideicommissum legatario
17 impositum, & † poterit fideicommissarius cogere legatariũ ad cedendas actiones aduersus hæredem *l. Imperator ff. de leg. 2. & l. si filius §. vlt. ff. ac fideicom. liber.* Quinimò etiam sine cessione vtiles fideicommissarius actiones habebit aduersus hæredem, vt existimat Cuiacius *ad l. 19. ff. de ann. leg. ad cum Tit.* *Et rursus ad d. l. Pater 29. ad Tit. ff. de l. g. 2.* Nam hoc certum est hæredem fideicommissum legatario impositum, si legatum ad ipsum perueniat, debere ex voluntate testatoris, non ex const. tuitione Seueri. Nam illa constitutio, prout, nec similes, locum non habet in testamento militis, vt probaui *Interpret. Iur. Cap. 13. num. 22. & seq. part. 1.* At † verò hæres
18 etiam in testamento militis pręstat fideicommissa à legatario relicta, si res legata ad ipsum hæredem perueniat *d. l. si ab eo ff. de vsu, & vsufr. leg.* vt ex hoc reijciatur argumentũ Cuiacij ductum à legato, quod remanet apud hæredem, qui tenetur fideicommissum legatario impositũ præstare, ad portionem deficientem. Nam in legato specialis ratio est, quam adduximus, quæ similiter in hæreditatis portione deficiente locum non habet, quæ rectà via datur à testatore hæredi instituto, nec in ea alius grauatur cohęres. Itaque si deficiat sine onere perueniet ad cohęredem, non solùm quia ad illum ex legis beneficio transit, ne testator partim testatus, partim intestatus decedat, verùm quia hunc, ad quem portio peruenit, testator non grauauit.

Neque comparationem hæreditatis deficientis cum legatis probat Cuiacius *ex d. l. quod si alterutro 77. ff. ad l. falcid.* Nam in eo textu non simpliciter cum legatis comparatur hæreditatis portio deficiens, sed in eo tantũm, quod si portio integra accedat, & accrescat exhaustæ, adiuuantur legatarij per deficientem partem, quia, & idem efficiunt legata, quæ apud hæredem remanent. Vnde non agitur ibi de legatis, quæ onus habent adnexum, nam si illud præstare hæres deberet, ea legata non prodessent alijs legatarijs. Præterea eadem comparatio non procedit in portione exhausta, quæ accedit integrę. Nam † legata 19
prædicta, quia capiuntur iure hæreditario in quartã imputantur *l. id autem § qua ratione ff. ad leg. falc.* At licèt portio integra iure hæreditario capiatur, tamèn non prodest legatarijs, quibus ex portione exhausta deficiente, debeatur *d. l. quod si alterutro.*
20 Mihi † placet doctissimi viri responsio in hoc, vt *in. d. l. 1. § si cohęredis*, agatur de portione deficientè, & caduca, quam tamen coniunctus ille vindicet, cui caduca vindicandi ius erat concessum; vt indicant verba illa. *Et illam vindicaue-*
21 *rit* Nempè † is, qui ius liberorum habebat, vt intelligitur ex *Vlp. in tit. de fideicom. in fin.* vbi dicit, eum, qui in fraudem tacitam fidem accomodauerit, vt non capienti fideicommissum restitueret, nec quadrantem deducere, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat. Vnde constat eos, qui liberos habebant ad numerum à lege Papia statutum vindicasse portiones, alioqui ex lege Papia caducas. Quò pertinet *l. si in testamento 5. ff. de vulg. & pup.* is enim per legem alteram, idest legem Papiam, partem deficientis vindicabat, qui liberos habebat. Notum enim est plura priuilegia liberorum ratione in Iure olim tributa, vtpotè cum bene de Republica meriti essent, qui plures liberos suscepissent. Interest † enim Reipu-
22 blicæ liberis hominibus Ciuitatem repleri *l. 1. ff. sol. matr.* Et in proposito liberorum intuitu, parentibus lege Papia datum esse caduca vindicare bene ex Iuuenali

uenali probat Goueanus *ad d. l. 5. ff. de vulg. & pup.* Moechus enim maritos irridens, qui ex adulterio liberos suscipipiunt, sic apud Iuuenalem.

Propter me scriberis hæres Legatū omne capis, nec nō, & dulce caducū

Quoniam vero lex Papia, cum voluerat caduca in Fiscum redigi, voluerat etiā Fiscum ea accipere cum suo onere; vt ego
23 quidem conijcio ex eo † quia regulare est Fiscum bona, quę vindicat cum onere suscipere *l. in facto §. fin. ff. de cond. & dem. l. dicitur 14. ff. de iure Fisci l. cum Fisco 9. ff. ad Sen. Conf. Sillan. l. quidam. §. quoties ff. de leg. 1. l. 3. §. fin. ff. ad Trebell. l. 2. §. fin. ff. siquis aliq. test. proh.* Ideò cū in alio capite reseruauit caduca liberos habentibus, cum eisdem oneribus illa vindicare credendum est concessisse, cum illi in locum Fisci subrogarentur, Hanc verò conie&uralem interpretationem mihi probat textus sępius allatus *in d. l. Celsus 29. ff. de leg. 2. in §. fin.* Nam cùm in eo §. fin. agatur de portione deficiente, & caduca, dicitur ea ratione filium legatum ab hærede reli&um, cuius portio defecit non pręstare, quia iure antiquo capit. Ergo secùs esset, si caperet per legem Papiam non de iure antiquo. Iure igitur antiquo portio quomodolibet deficiens sine onere accrescebat; at cum onere accrescebat portio ex lege Papia deficiens. Et verò si quisq; vindicans caduca cum onere accepisset, etiam iure antiquo, ante legem Papiam; filius & ipse debuisset legatum præstare. Quod si etiam post legem Papiam is, qui caducum vindicabat, onera non subibat, quę ratio fuerat dubitandi, cur filius legatum præstaret à cohęrede reli&um, aut cur opus fuit confugere ad eam rationem, quia iure antiquo capit? Intelligimus ergo ex hoc textu iure antiquo, quomodocunq; portio cohęredis defecisset, & ex quacunq; causā accreuisse sine onere. Post legem Papiam partem caducam cū onere accessisse, vel his, quibus caduca vindicare datum erat, vel ipsi Fisco.
24 Vnus † locus videtur obstare Vlpiani *in frag. Tit. de Caduc. in §. hodie.* Qui tamen, si ità legatur, prout iacet, nobis nō obstat: Dicit enim Vlpianus hodie ex constitutione Antonini omnia caduca fisco vindicari, sed seruato iure antiquo liberis, & parentibus. Sed quia falsum id videtur Cuiacius emendat eum locum ità; vt verba illa *hodie ex constitutione Imperatoris Antonini* transferantur ad illa paulò post sequentia, & cum illis coniungantur, *caduca cum suo onere fiunt.* Quasi ex constitutione Antonini de qua *in d. l. licèt ff. de leg. 1.* fa&um sit, vt caduca, cum onere transeant, quod antea secùs esset. Sed non video, qua ratione possit constitutio ad substitutos pertinens, qui ex voluntate testatoris vocantur produci ad Fiscum, qui contra voluntatē testatoris venit, & de quo testator non cogitauit. Nam hac ratione, nec fideicommissa à primis hæredibus reli&a ab intestato venientibus præstantur ab hęredibus sequentis gradus; vt diximus supra *ex l. 1. § illud certè ff. de leg. 3.* Imò etiā ante Antoninum bona, quę fiscus occupabat cum onere accipiebat. *l. quidam §. quoties ff. de leg. 1.* cuius legis au&or est Iulianus, qui vixit tempore Adriani ante ipsum Antoninum. Itaq; contendam ego retinendam le&ionem primā apud Vlpianum (fortè enim fecit Antoninus aliquod caducum fisco vindicari, quod antea non vindicabatur) aut saltem non ità emendandam, vt à Cuiacio fa&um est, sed potius verba illa, quę, ipso asserente Cuiacio, sunt inepta, esse delenda.

De Commixtione, & Confusione tum portionum, tum Legatorum in computanda, & detrahenda Falcidia. Quā in rem plures textus explicantur. Cap. XIII.

SVMMARIVM.

Portio, quę ad hęredem venit iure accrescendi, vel iure substitutionis, an sit confundenda cum ea portione, quam habet ad effectum computandę, & detrahenda Falcidię n. 1. & seq.

Portio integra, qua iure accrescendi accedit oncrata

onerata confundatur cum onerata, & prohibet falcidiam. n. 2.

Legata quę hæres non præstat iure hęreditario consequitur. n. 3.

Falcidia est quarta pars hæreditatis. n. 4.

Portio onerata, si iure accrescendi accedat integra confusio non fit. n. 5.

Fiscus bona occupans falcidiam, & ipse detrahit. n. 6.

Portio, quæ venit ex substitutione, si integra sit, & accedat oneratæ confusio fit n. 7. Si verò onerata accedat integræ non confunditur. n. 8. Nisi testator legata reliquerit his verbis, quisquis mihi hæres erit. n. 9.

Legata ab instituto post constitutionem Seueri tacitè a substituto repetita intelliguntur. n. 10. Cur igitur integra legata non præstat ab instituto relicta, si quartam habeat ex sua portione integram? n. 11.

A Malote substitutus non pręstat legata ab instituto relicta. n. 12.

Explicatur l. qui fundum §. qui fundum ff. ad l. falc *n. 13.*

Portio onerata, si oneratę, vel exhausta ex substitutione accedat, quid dicendum. n. 14. & seq.

Examinatur, & explicatur l. qui fundum §. fin. ff. ad l. falc. *n. 15.*

Pater, & Dominus similes sunt substitutis in ponenda ratione legis Falcidiæ, si iure potestatis acquirant portionem filio, vel seruo cohęredi datam. n. 16. Dum tamen filius esse cohæres non incipiat post aditam hæreditatem n. 17.

Explicatur l. 1. §. si cohęredis ff. ad l. Falc. *num. 18.*

Quomodo, & qua ratione contributio fiat legatorum in tabulis patris, & filij relictorum num. 19

Explicatur l. in ratione §. si filio ff. ad l. falc. *n. 20.*

Ostenditur contrarias non esse l. in ratione §. quęsitum ff. ad l. falc. & l. cohęredi §. cohæres ff. de vulg. & pup. *n. 21.*

1 NON † satis est expeditum pro casuum diuersitate respondere, an portiones, quę iure institutionis habentur, sint cum his coniungendę, quæ vel iure accrescẽdi, vel iure substitutionis obueniunt ad effectum computandæ, & detrahendæ falcidiæ, cum grauissimę in hanc rem occurrant difficultates Et quamuis doctissimus Iacobus Cuiacius pręcipuè *ad l. in ratione ff. ad l. falc.* vt semper solet hac de re grauiter disserat, & copiosè, tamèn non vbiq; constans sibi est, neq; semper eamdem retinet sententiam, ideo neq; ex eò satis intelligi potest, quid sit sentiendum Igitur operæ precium facturum existimò, si breuiter explicauero quid sit in vno quoq; casu respondendum.

2 Et † quidem si agatur de portione, quę
iure accrescendi venit, distinguendum
est, vtrum portio integra oneratæ accedat, an è contra portio onerata accrescat integræ. Si portio integra (integram portionem voco, etiam quæ aliquibus legatis est onerata, dummodo ex ea portione supersit, quod confusis portionibus possit ad falcidiam sufficere) accedat oneratę, ità vt hęres confusis his duabus portionibus, earum quartam integram habeat, nullam falcidiam ipse idem hæres detrahere poterit, sed integra legata pręstabit, & proderit hęc res legatarijs *l. quod si alternutro 78. ff. ad l. falc.* vbi hæc ratio redditur, quia sicuti si testator hęredem grauauerit vltra dodrantem, non tamèn potest ipse falcidiam detrahere, si legata apud ipsum manserint, fortè repudiata, quæ ad falcidiam sufficere possint,
3 quia quæ † legata non præstantur apud
hæredem manent, & ab eo iure hæreditario capiuntur *l. id autem §. qua ratione
4 ff. ad l. falc.* Et falcidiam ille hæres de-
trahere non potest, qui quartam hæreditatis partem habet *l. 1. § secundo capite ff. ad. l. falc.* Ità, & qui hæres fuit institutus, licet ipsius portio vltra dodrantem fuerit onerata, si tamèn quomodocunque quartam partẽ hæreditatis habeat, quamuis per ius accrescendi, tamèn falcidiam detrahere non potest, cũ hoc casu, & ratio legis, & lex ipsa cesset.
5 At † si portio onerata accrescat integræ,
commiscendæ partes non sunt, neque legatarijs proderit portionem illam oneratam ad eum peruenisse, qui portionem suam habet integram; ità vt confusis partibus earum quadrantem habeat illibatum *l. 1. §. si cohæredis ff. ad l. falc.* vbi Paulus reiecta Cassij sententia, & non attento quod

to quod aliquando Imperator Antoninus iudicauerat commiscendas partes esse, Proculi sententiam probat, cui Iulianus etiam ipse, licet Sabinianus, assenserat. Huius autem rei veram rationem hanc esse existimo, quia portionem accrescentem habet hæres, veluti ex alterius persona, in cuius locum placuit subrogari, ideo eius iure vti debet. Sicuti enim diximus in præcedenti capite, lege Papia constitutum fuit, onera in hæredem qui vacātem portionem vindicaret, transire, quæ alioqui euanuissent. Præstabat ergo hęres post eam constitutionem legata ex alterius persona, & sicuti onus alterius subibat, ità eadem lege placuerat, vt eiusdem beneficio, nempe quo ille vti potuisset, & iste vteretur.

6 Vnde † videmus etiam Fiscum falcidiam detraxisse *l. 3. §. fin. ff. ad sen. Cons. Trebell. l. 2. §. fin. ff. si quis aliq. test. prohib.* Hæc eadem dicenda post constitutionem Iustiniani *in l. vnica §. his ità definitis C. de caduc. toll.* Cùm enim hodie semper portio hęreditatis vacans accrescat cum onere, sicuti ex alterius persona hęres, cui portio accrescit legata soluit, ità æquum est, quam falcidiam ille potuisset detrahere, detrahat, & iste qui in eius locum succedit.

Quod si agatur de portione, quæ non iure accrescendi, sed iure substitutionis veniat. Similiter plurimum interest, an portio, quæ ex substitutione defertur

7 integra sit, an onerata. Si † integra sit, & oneratæ accedat, confunditur portio ista, quæ superuenit, & confusis portionibus habetur ratio falcidię. Ratio est, quia iste, qui ex substitutione venit, videtur partim pure, partim sub conditione institutus *l. in ratione §. quęsitum ff. ad l. falc.* Et portiones illæ duæ, quasi vna vindicantur. Et sicuti quæ portio venit iure accrescendi prodest legatariis, & commiscetur in ponenda ratione legis falcidiæ, vt paulò ante diximus. Ità, & multo magis prodesse debet; & commiscenda est portio illa, quæ ex substitutione venit, quam non solùm iure hæreditario hæres habet, verùm, & quod ma-

8 gis est ex testatoris voluntate. Si † autem portio quæ venit ex substitutione sit onerata vltra dodrantem contributio non fit, sed ex portione, que ex substitutione venit detrahitur separatim quarta. Nec quod portio substituti sit integra prodest legatariis; Ex ea enim portione integra non repletur portio, quæ ex substitutione defertur. Cuius rei eadem ratio est, quam supra attulimus, in portione accrescente, nempè quia substitutus, legata ab instituto relicta non præstat, quia grauatus sit, sed quia in alterius portionē succedit, qui fuerat grauatus. Vnde sicuti ex alterius persona onera subit, ità & eisdem beneficijs vti potest, quæ habuisset institutus, si adiuisset, & quia institutus falcidiam potuisset detrahere, ex ipsius persona eam etiā

9 substitutus detrahit. Vnde † fit quod si testator non nominatim grauauerit institutum legata dare, sed tà, *quisquis mihi hęres erit*, etiam substitutus legata præstet, & quidem integra, si ex sua portione, quam ex institutione habuit, integram habeat Falcidiam: Nempè quia hoc casu ex propria persona legata præstat: Grauauit enim testator illum, qui hæres extitet, & sic etiam substitutum, si hæres extiterit, intelligitur grauasse: Debet ergo, & ex portione, quam ex institutione habuit, legata soluere; nam & hoc casu similis est ei, qui ex parte purè, ex parte sub conditione est institutus: Nec refert onus huic, vel illi portioni sit impositum; semper enim vni est impositum, qui idem duas habet illas portiones ex testatoris voluntate, & earum portionum quadrantem, vt nulla ratione effugere possit, quin legata integra præstet. Et hæc tota distinctio habetur *in l. 1. §. id quod ex substitutione ff. ad l. falc.* Quę tamèn distinctio, adhuc est diligentius consideranda.

Et quantum attinet ad primum distinctionis membrum, quando portio venit integra ex substitutione, res benè procedit. Nam, vt supra dictum est, ex voluntate testatoris etiam ad hanc portionem vocatus est institutus, vnde ex hac etiam soluere debet legata.

Secundum verò distinctionis membrū

10 indiget aliqua declaratione. Nam †. si portio onerata ex substitutione deferatur ex

tur ex constitutione Seueri tacitè intelliguntur repetita legata *l. licet Imperator ff. de leg.* 1. quę ante eam constitutionem corruebant. Ergo animaduertẽdum Paulum *d. l.* 1. §. *id quod ex substitutione ff. ad l. falcid.* secundum constitutionem Seueri locutum esse, & iuxta eam constitutionem firmasse substitutum, eumdemq; institutum, legata debere ex portione deficiente, & ad eum ex substitutione delata, & acquisita. Sed tamen voluit Paulus portionem illam deficientem, & oneratam, si integrę accrescat ex integra non repleri, sed posse substitutum detrahere falcidiam, sicuti institutus potuisset, si ad eam
11 portionem fuisset admissus. Ratio † est, vt paulò ante indicabam, quia substitutus hoc casu legata pręstat, non tàm quod ipse sit grauatus, quàm ratione portionis, quę ad ipsum transit, quæ veluti secùm ea onera portat ex con-
12 stitutione Seueri. Vnde † si hęc ratio cesset, legata substitutus non soluit. Cessat verò in milite, qui ea constitutione non ligatur; vt probauimus *Interpret. Iur. Cap.* 13. *n.* 22. *& seq lib.* 1. Itaq; à milite substitutus legata non pręstat ab instituto relicta *l. querebatur* § *fin. ff. de mil. test.* Quæ tamen præstaret, si ex testatoris voluntate à substituto danda essent, cum in militum testamento sola testatoris voluntas attendatur *l.* 1. *ff. de test. milit. l.* 1. *l. ex testamento l. milites C. eod.* Et probatur prædicta ratio, maximè *ex d. §. id quod ex substitutione*. Nam substitutus legata ità relicta, *quisquis mihi hæres erit*, præstat etiam de sua portione, quam habuit ex institutione, secùs si legata data fuerint nominatim ab instituto, cuius rei, vt diximus, non alia ratio est, nisi quia illa præstat ex sua persona, & quia ipse etiam à testatore grauatus intelligitur. Hæc verò ex persona instituti ea ratione, quia in grauatam portionem succedit; Itaq; hęc legata de portione, quam habet ex institutione, non soluit, imò sicuti ex persona alterius, instituti scilicet, legata pręstat. ità & ex eius persona fal-
13 cidiam detrahit. Et † hinc explicatur *l. qui fundum §. qui filium ff. ad l. falcidiam*. vbi ponitur confusionem fieri portionum, si portio onerata accedat integræ. Cum enim, eius legis auctor sit Iulianus, cuius tempore legata ab instituto corruebant, si hæreditas peruenisset ad substitutum (fuit enim ipse ante Seuerum, tempore Hadriani) ponendi sunt termini habiles in casu Iuliani, & in casu qui habetur *in d. l. qui fundum §. qui filium*. nempè fuisse ibi legata ab instituto relicta expresse à substituto repetita, vt fuerint omninò à substituto, & ex sua persona pręstanda. Hunc ergo casum nobis proponit Iulianus *in d. §. qui filium*. Pater filium hæredem instituit, & Titium; eumdemq; Titium filio pupillariter substituit, à filio totum suum semissem legauit; à Titio nihil. Titius ex institutione, hęreditatem adiuit, & filio in pupillari ętate mortuo ex substitutione etiam hęres extitit. Quęsitum fuit quantum legatorũ nomine Titius prętare deberet, & cum distinctione respondet Iulianus. Vel enim filius, antequàm patri hęres existeret, decessit, vel postquàm hæres extitit. Primo casu Titius solida legata præstat. Ratio ea redditur, *quia cõfusi duo semisses efficiunt, vt circa legem falcidiam totius assis ratio habeatur, & solida legata præstentur*. Nempè cum quærat Iulianus, quantum legatorum nomine sit prętandum, supponit legata prętanda. Duntaxàt quærit, quantum sit prętandum, quæ posterior quæstio supponit legata à substituto deberi, alioqui ineptè quæreretur quantum prętandum, si nihil à substituto deberetur. Itaq; necesse etiam est supponat Iulianus, ità legata relicta esse, vt à substituto sint prętanda. Vt verò substitutus, tempore Iuliani legatis ab instituto relictis obstringeretur, necessarium erat, vt legata illa expresse essent à substituto repetita, nec tacitè censebantur repetita, cum id factum fuerit constitutione Seueri *d. l. licet ff. de leg.* 1. Sed tempore Iuliani solebant expresse repeti *l. in repetendis* (cuius auctor Iulianus est) *ff. de leg.* 3. Quo stante supposito optima ratio est, cur substitutus solida legata soluere debeat. Videlicet quia, cum

K duo

duo semisses confusi sint, & peruenerint ad substitutum, à quo expressè ea legata repetita sunt, & quæ ideo ipse debet ex sua persona, nihil interest semis grauatus accesserit portioni integræ: Nam in vtroq; semisse substitutus est institutus, in altero purè; in altero sub conditione, & legata præstat ex sua persona; Ergo dummodo suum habeat quadrantem, integra legata soluere debet, nec interest cui portioni onera sint adiecta, vt supra dicebamus, quia vtraq; portio ex voluntate testatoris ad substitutum venit, & legata ex sua persona præstare debet.

Secundo autem casu videlicet si filius decesserit postquam hæres extiterit patri. Respondet Iulianus, non debere substitutum legata vltra dodrantem semissis, quem ex substitutione accipit: Ea enim præstat ex persona defuncti impuberis; sicuti verò ipse ex suo semisse, quadrantem detraxisset, ita & poterit substitutus.

Sed quid si è conuerso, retento eodem casu, Titius fuisset in toto suo semisse grauatus, deinde ex substitutione admitteretur ad portionem Pupilli, à quo nihil relictum esset, an legata à Titio relicta augerentur? Et sine distinctione respondet Iulianus augeri, perinde ac si cuilibet hæredi fuisset substitutus, eoq; omittente hæreditatem ex asse hæres extitisset. Ergo indistinctè Titius siuè ex pupillari, siuè ex vulgari admittatur in casu proposito legata augebuntur: Venit enim tanquàm ad bona patris, licèt pupilli sint effecta *l. qui patris ff. de acq; hæred.* Et qua ratione augentur legata ab hærede relicta, si ad eumdem portio, cohæredis integra ex substitutione perueniat, vt supra diximus, eadem in casu proposito augentur legata à Titio relicta, si ad eumdem perueniat quomodocunq; etiam ex pupillari substitutione portio pupilli, quia eam Titius, tanquam patris hæreditatem capit. Vnde in ponenda ratione falcidię, etiam si agatur de legatis in secundis tabulis relictis, patris inspicitur patrimonium, vt infra dicemus, & idem Iulianus testatur pro suæ decisionis ratione.

Tandem monet Iulianus quæ dicta sunt in extraneo, eadem recipienda, & seruanda in duobus impuberibus filiis institutis, & inuicem substitutis, si ad alterum iure substitutionis hæreditas reciderit, & legis falcidiæ ratio sit habenda.

14 Diuersum † sanè ius est, si portio onerata, vel exhausta, oneratæ, vel exhaustæ accedat. Existimant enim Doctores, siue ex pupillari deferatur portio ad substitutum, siue ex vulgari substitutione confundendas esse partes, & simul omnium legatorum, & totius hęreditatis rationem habendam in falcidia computanda, & detrahenda ex *l. qui fundum §. fin. ff. ad l. falc.* Ratio autem esse potest quia, cum lex sit Iuliani ponendum est, vt supra diximus, à substituto vulgari legata fuisse repetita, alioquin non fuissent à substituto debita Posita autem repetitione, cum ex voluntate testatoris ad vnum recidat tota hæreditas, vel duæ portiones, qui idem omnibus legatis ex sua persona grauatur, non est separàtim ratio habenda falcidiæ; sed portiones sunt confundendæ: Multum autem interest in computanda falcidia, vtrum ratio habeatur separàtim huius, & illius portionis, an verò coniunctìm totius hæreditatis, siuè portio onerata accedat oneratę, siuè exausta oneratæ, siuè exhausta exhaustæ Nam quia vna portio plus alia onerata, & exausta esse potest, fit, vt plus vel minus præstetur his, vel his legatarijs si separàtim, vel coniunctìm computetur falcidia. Pone. Sunt duo hæredes ęqualiter instituti à testatore, qui mille habet in bonis. Primus oneratus est ad legata, quæ conficiunt quatuorcentum. Secundus verò grauatus est ad præstanda quingenta, qui secundus primo est substitutus. Si separàtim ratio habeatur cuiusq; portionis; ex legatis à Primo detrahenda erunt duntaxat viginti quinque, ex legatis verò relictis à Secundo detrahēda erunt centum, & viginti

ginti quinque. Quod si cōfundantur portiones, & legata, plus præstabitur legatarijs, quibus à secundo legata data sunt, minus illis, quibus primus dare damnatus est. Si ergo ad substitutum veniat vtraq; portio, & confundendę portiones sint, & legata. Ex quatuor centum legatis a Primo detrahentur sexaginta sex, & quid plus; Ex quingentis legatis à secundo detrahenda erunt octuaginta tria, & aliquid præterea: Nempe, si ageretur de nostris scutis, vt dicimus, librarum septem, pro quolibet scuto, ex quatuor centum legatis à Primo detrahendi essent scuti sexagintasex, libræ quatuor, solidi tresdecim, denarij quatuor Ex scutis quingentis legatis à Secundo, deducendi essent scuti octuaginta tres, libræ duę, solidi sex, denarij octo. Ratio autem huius diuersitatis est, quia illa centum, quę à primo legata non sunt, & quę si primus adiret, prodessent solis legatarijs, quibus ab ipso Primo legatum fuerat, confusis omnibus legatis, omnibus prosunt, & pro rata portione sunt distribuenda. Similiter. Pone. Testator habet quatuor centum in bonis (& hoc exemplum affert Cuiacius) Primum, & Secundum ęqualiter hęredes instituit; Primum iussit ducentum pręstare, Secundum verò voluit pręstare tercentum, quem Secundum Primo substituit. Si detrahenda esset falcidia separàtim, ex ducentum deducerentur quinquaginta, & legatarijs præstarentur centum quinquaginta. Ex tercentum verò primò deducenda essent centum, quę extra bonorum quantitatem sunt iuxta textum *in §. cum autem Inst. Tit. de l. falc.* Deinde pro falcidia alia quinquaginta; Itaq; legatarijs similiter præstanda essent centum quinquaginta. Quod si falcidia computetur coniunctim, & fiat, tùm legatorum, tùm portionum confusio, & contributio, his quibus tercentum erant relicta, pręstabuntur centum octuaginta, alijs centum viginti. Diuersitas ex eo est, quia quando separàtim ratio falcidiæ habetur stàtim ex portione Secundi detrahuntur centum, quę quidem centum minuunt duntaxat legata relicta à Secundo. At si coniunctim falcidia computetur ea centum, quæ extra bonorum quantitatem sunt minuunt etiam legata à primo, nempe quęq; legata pro rata.

Sed f. de hac Doctorum Sententia, & de intellectu *d. l. qui fundum §. fin.* non sine ratione dubitari potest. Nam siue loquamur de substituto pupillari, non videtur admittenda hæc confusio ex eodem Iuliano *in d. l. qui fundum §. qui filium*. Nam ipse substitutus non ampliora præstat legata, quàm quę à pupillo debita fuerant, cum ea pręstet tanquàm æs alienum. Siue agamus de substituto vulgari ea Sententia saltèm non probatur *ex d. § fin.* Nam in eo textu duntaxat dicitur legata à substituto pupillari augeri, si ad eum veniat portio Pupilli, legatis scilicèt non onerata, prout augentur legata, quæ ab instituto relicta sunt, eodemq; cohæredi substituto, si portio cohęredis similiter non onerata, ad ipsum ex substitutione perueniat. Cęterum non dicitur in eo textu si ambæ portiones sint oneratæ contribui, & confundi, & legata, & portiones hæreditarias, indèq; computari falcidiam.

Cessarent istæ omnes difficultates, si reciperemus emendationem Cuiacij, quę mihi maximè probatur. Vir iste doctissimus in eo §. vbi legitur *Et semis pupilli:* legit, *nec semis* Mutato *Et* in *Nec*. Nam sensus eius §. esset, vt si cohæres pupillo datus, idemq; substitutus, vltra dodrantem in sua portione esset grauatus, & ità falcidiam deduxisset: inde impubere mortuo ex substitutione hæres extitisset, & semis pupilli exhaustus non esset legatis, verum imò posset contributis legatis à pupillo, & substituto datis quartam bonorum apud substitutum manere: Ex integro ponendam legis falcidię rationem, quia in falcidia computanda ratio habetur pupillaris portionis perindè ac si eā recta viaā patre substitutus accepisset. Huic verò interpretationi bellissimè respondent ea verba; *Nec aliter augebuntur legata &c.* Nec enim ostendunt casum illum poni, quo ex portione pupilli, legata à substituto, quæ fuerant minuta, augentur; Dicitur vero tà augeri, prout contingit, quoties hæres in-

stitutus legatis est oneratus, & ad eum ex substitutione portio cohaeredis deuoluitur; nam ex ea portione legata augentur, vt supra dictum est.

Caeterum si retinenda sit lectio, quae aequè ex omnibus Codicibus comprobatur, probabitur *ex eo § fin.* portione pupilli onerata deuoluta ad cohaeredem ex substitutione, cuius similiter portio fuerat onerata, fieri confusionem legatorũ, & portionum contributionem, & ex integro poni legis falcidię rationem. Neq; obstabit quod dicebamus legata à pupillo substitutum pręstare tanquàm aes alienum, & ideò illud ipsum pręstare, quod pupillus debuit. Nam respondeo in computanda falcidia, perinde rationem haberi, ac si substitutus patri successisset, vt dicitur *in eodem §. fin.* Sed si substitutus patri successisset in casu *d. l qui fundum § qui filium.* (nempè dato semisse eidem substituto ex institutione, & quidẽ integro, nullis legatis onerato) non adstrictus fuisset ad legata soluenda, relicta ab instituto, vel saltem post constitutionem Seueri fuisset adstrictus eo modo, quo obligatus fuisset institutus, nempè cũ beneficio falcidię *l. 1. §. id quod ex substitutione ff. ad leg. falc.* Ergo idem etiam seruandum si substitutus Pupillo hęredi iam facto succedat; vt *in d. l. qui fundum §. qui filium.* Difficultas omnis est in afferenda ratione differentiae inter hunc casum, de quo *in §. fin* & casum de quo *in d. § qui filiũ* Ego considero hanc esse differentiam. In casu *§ qui filium*, testator integrum semissem ex institutione dedit Titio, quẽ ideo integrũ voluit habere; nec minui debet ex eo, quod Titio pupillo succedat, nã licèt incipiat debere legata à pupillo, nõ tamèn debet ex persona propria, sed ex persona pupilli, ideo ità ea pręstare debet, prout pupillus pręstaret. Neq; enim nocere debet substituto quod pupillo succedat, vt portio eius minuatur, quã integrã habere testator voluit At *in §. fin.* testator voluit etiam ipsum substitutũ ex suo semisse, quem ex institutione habuit pręstare vltra dodrantem, & beneficio duntaxat legis obtinet, vt quartam detrahat. Si ad eum portio etiam pupilli legatis similiter onerata perueniat, cùm portio vtraque eiusdem testatoris sit, cumq; perinde sit, ac si vtraque substitutus à testatore accepisset, lex commixtis portionibus, & legatis, falcidię rationẽ ponit ad fauorẽ ipsius substituti, cuius nihil interest, vnde quartam habeat, dummodo quartam consequatur Interest verò legatariorum, cùm de vna, eademq; haereditate agatur, quę ad vnum redacta est parem omnium rationem haberi, cùm omnes aequaliter voluntatem habeãt defuncti. In casu §. *qui filium* non potest confusio fieri, quin hęredi pręiudicetur aduersùs testatoris voluntatem. Ergo pręiudicium hęredis prohibet confusionẽ portionũ, & legatorũ quo cessante *in §. fin.* portiones, & legata confunduntur.

Sanè quod dicebatur ex eo textu, non probari confundi portiones, & legata, si onerata portio ad substitutum vulgarem perueniat, qui similiter ex substitutione portionem habeat oneratam; verissimũ est. Quamuis enim retineamus lectionem, quae certa est, & indubitata, ità vt agatur ibi de portione pupilli onerata, quae ad portionem pupillaris substituti, eiusdemq; cohęredis similiter oneratam accedat, tamèn verba illa, *Nec aliter augebuntur legata, &c.* intelligenda sunt eo casu, quo portio pupilli minus est onerata, quàm sit portio cohaeredis, eiusdemque substituti. ità vt legata à substituto augeantur Nam hoc casu ità augentur legata à substituto, prout etiam augentur, quando hęres quis est institutus, & onerata est ipsius portio vltra dodrantem, ad quem ex substitutione portio nõ onerata peruenit. Et hoc est quod dicit I C Iulianus in eo textu. Non autem dicit confusionem fieri portionum, si portio onerata accedat ex substitutione vulgari ad alteram similiter oneratã.

Caeterùm licèt id in eo contextu non dicatur. Tamèn ego non dubitarem, si forte qui esset institutus, & grauatus vltra dodrantem suae portionis, & rursus cohęredi substitutus esset, cuius porto similiter vltra dodrantẽ esset onerata, & legata nominatim essẽt à substitutione repetita, portione altera ex substitutione deuoluta cõfundendas esse portiones, & legata contribuenda, vnicamque ex vniuersa hę-

la hęreditate falcidiam detrahendam. Ea scilicet ratione, quia hoc casu vnus est hæres, qui ex sua persona omnia legata pręstat vt supra dictum est; Quinimo si vera est ratio diuersitatis, quam attulimus, inter decisionem *d. l. qui fundum § fin & §. qui filium.* nempe deuoluta ad eumdem hęreditate, vel pluribus portionibus hæreditatis parem omnium legatariorum conditionem esse debere, cum ęquè omnes voluntatem testatoris habeant, nisi tamen hoc prohibeat hęredis pręiudicium, qui & ipse testatoris nititur voluntate. Dicendum erit etiam non repetitis legatis hodie cōfundendas esse portiones, & legata contribuenda, vt vna falcidia detrahatur, quando scilicet ambæ portiones sunt oneratæ. Ratio est, quia cū hodiè ex constitutione Seueri intelligatur repetita legata, quæ a substituto præstanda sunt, & substituti non interfit, qua ratione consequatur quartam, cum vtramq; portionem à testatore substitutus accipiat, & cùm par omnium legatariorum conditio sit; ex vniuersa hęreditate, vna falcidia omnibus legatis, & portionibus confusis erit deducenda.

16 Antequam † vlterius procedam monitum volo patrem, & dominum qui iure potestatis hęreditatem à filio, vel seruo habitam acquirunt similes esse substitutis in ponenda ratione falcidię; Sicuti enim supra diximus portionem cohæredis, quæ ad substitutum peruenit augere legata ab ipso substituto, & è contra non debere de sua portione substitutum pręstare legata à cohærede, & sic legata à cohęrede ex portione substituti nō augeri. Ità idē seruandū in domino, & seruo, patre, & filio cohęredibus institutis, si portio filij ad patrem iure potestatis patriæ, portio serui ad dominum iure dominicę potestatis perueniat. Nam ex ea portione filij, vel serui si non sit onerata augentur legata relicta à patre, vel domino, sed legata à filio, vel seruo non augentur ex portione data patri, vel domino, sed falcidiam isti detrahunt ex persona filij, vel serui, vt habetur *in l si pupillus 21. § 1. ff ad leg. falc.* quam lege benè explicat Cuiacius *ad Paulum lib. 12. quæst.* Ratio esse potest, quia sicuti sub conditione substitutus vocatur, si institutus hæres non erit, & sic quasi partìm purepartìm sub conditione vocatus ad hæreditatem, portionem, quam ex substitutione habet, computat in quartam. Ità & Dominus ex voluntate testatoris videtur sub cōditione ad portionem datam seruo vocatus, & pater ad portionē datam filio, nempè si vterque in eodem statu manserit, & seruus in dominio eiusdem domini, & filius in potestate patris, *argum. l. pater fam. ff. de hered. inst.* Licèt vero sub conditione vocati, non tamen legata à seruo, vel filio de sua portione præstant vel pater, vel dominus sicuti nec ea pręstat substitutus, quę ab instituto cohęrede fuerant legata, quia illa ex persona serui, vel filij pręstant, non ex persona propria sed quia in locum serui vel filij subrogantur; sicuti eadem ratione supradiximus, nec substitutū legata de sua portione soluere à cohærede relicta.

17 Quod tamen † diximus de patre, & filio cohęredibus institutis, intelligēdum est, dummodo pater iure patrię potestatis eo momento hęreditatem acquirat, quo filius illam adit, nempè quia tempore aditę hęreditatis filius in potestate patris est. Nam secus esset, si cohęredē meum post aditam hæreditatem arrogarem: Tunc enim separandę portiones essent, perinde ac si cohæredi meo hæres extitissem *l. 1. §. si coheredem ff. ad l. falc.* Vnde intelligimus non esse separandas, si ante aditam hæreditatem cohęredem meum arrogarem. Nam si mea portio exhausta legatis esset ex illa integra, quam sanè tanquàm hęres, & iure hęreditario haberem, legata augerentur, prout hac ratione augentur, si legatum aliquod non pręstetur, sed apud hęredem maneat *l. id autem §. 1. l quod si alterutro ff. ad l. falc.* quamuis hic non sit sensus *eius § si coheredem*, in quo non agitur de substituto, sed de cohærede, qui iure accrescendi

18 cohæredis portionem accipit. Sed † sensus illius §. hic est. In §. præcedenti dictum fuerat controuersum maximè fuisse an confundendæ portiones essent, si portio cohæredis mei exhausta meę integrę accreuisset. Subijcitur *in illo §. si coheredem.* Si cohæredem meum post aditam

tam hæreditatem arrogauero, nullam talem controuersiam esse posse, cum perinde sit, ac si cohęredi meo hęres extitissem. Hoc casu res est indubitabilis. Non ità indubitabilis esset, si ante aditam hæreditatem arrogassem, nam sicuti controuersia fuit in casu §. præcedentis, ità fortè in hoc casu esse posset. Fuit ergo ea mens Iuris Consulti, vt casum poneret omninò indubitabilem, in quo hæsitare non possemus confundendas portiones non esse.

19 Transeamus † tandèm ad contributionem, quę fit eorum legatorum, quę à substituto in secundis tabulis sunt relicta, & eorum, quę à pupillo data fuerant. Quod vt explicemus recurrere nos oportet *ad l. in ratione §. quod vulgo ff. ad l. falcid.* vbi dicitur vulgò receptum esse in tabulis patris, & filij vnicam seruari falcidiam: nempè legata à substituto in secundis tabulis relicta confundi cum legatis à pupillo, ità vt ex portione pupillo data omnibus collatis legatis falcidia detrahatur, & in detractione ista ratio habeatur patrimonij ipsius patris, eiusq; substantiæ, quę tempore mortis patris extitit, & ità, quod vnicum patrimonium sit, vnica hæreditas, vnica etiam fit falcidia *l. in duplicibus ff. ad l. falcid.* Ratio autem cur fiat hæc contributio, & confusio legatorum ea est, quia cum vnicum patrimonium ipsius patris consideretur, cuius intuitu substitutus obligatur legatis, à quò alioqui non posset Pater legare *l. ab exhęredati ff. de leg.* 1. cum pupilli facultates non possint legatis onerari *l. cohæredi §. quod si hęredem ff. de vulg. & pupill.* Licet duo sint hæredes nempe pupillus, & substitutus; tamèn cum substitutus in locum pupilli subrogetur, & tamquam eius hæres legatis ab eo relictis obstringatur, cumq; & ipse idem substitutus sub conditione si filius impubes decesserit per mediam filij personam vocetur ad eamdem patris hæreditatem, perindè est ac si vnus, & idem hęres esset à patre institutus, & quibusdam legatis oneratus purè esset, alijs sub conditione, quo casu sicut nullus dubitaret vnicam falcidiam seruandam, ità nec dubitari debet in casu nostro: Et hæc ratio redditur *in d. §. quod vulgo in l. in duplicibus ff. ad l. falcid.*, *& in l. non solum autem §. fin. ff. de liber. leg.* Itaque vt dicitur *in d. §. quod vulgo* fieri potest vt substitutus vel nihil retineat, vel longe plus quarta: Nempè si fortè quarta bonorum tempore mortis patris existentium consumpta sit à pupillo, nihil retinet, quia ratio legis falcidię initur habito respectu ad valorem bonorum tempore mortis, ità vt si fortè bona minuantur periculo sit hęredis *§. quantitas Instit. tit. de lege falcid.* è contrà verò eadem ratione si bona sint aucta longè plus sua quarta consequitur *d. §. quantitas*. Duntaxat dubitari potest, an si patrimonium minuatur, ita vt non solum quarta non possit detrahi, sed nec detracta quarta supersit ex quo legata solui possint, an de suo soluere debeat substitutus. Negat Cuiacius *in d. §. quod vulgò*, consideratq; ideò in eo §. dici substitutum soluere debere de suo quadrante, vt ostendatur de suo vltra quadrantem soluere non debere: Et quod subijcit Papinianus non referre quod ex nullo testamento præstetur vltrà vires patrimonij, quasi in hoc casu pręstetur vltrà vires, explicat Cuiacius considerato eo, quod soluit de quadrante: Vires enim patrimonij non excedunt dodrantem, cum ex lege quadrans deducatur. Verum è contra Goueanus in explicatione eiusdem l. & §. contendit de suo soluere substitutum, qui sibi imputet si adiuit. Pro Goueano textus sunt apertissimi *in d. §. quantitas, & in l. in quantitate 73. ff. ad l falcid.* Si enim perinde est, ac si vnus hæres partim purè grauatus sit, partim sub conditione; sicuti ille minuta post mortem testatoris substantia, vltra vires eius patrimonij de suo solueret *dd. iuribus* ità, & ea soluet substitutus pupillaris Quod si in pupillari substituto quid specialiter seruaretur, id erat clarius à Papiniano nobis tradendum. In dubio autem regulæ standum est. Videndus in hanc rem Goueanus *ad d. l. in ratione §. quod vulgo*.

20 Sed † dubitari potest, si plures pupillo dati sint substituti, & in secundis tabulis pater familias alterius portionem onera-

onerauerit, an poterit iste quartam deducere. Quæstio est quæ tractatur *in d. l. in ratione §. si filio ff. ad l. falcid.* Et prima fronte videtur dicendum non detrahere istum falcidiam; Nam haberi debet ratio portionis pupillo datę, & totius patrimonij ipsius patris. At hac ratione ità posita non est patrimonium vltra dodrantem oneratum, cum aliorum substitutorum portiones oneratę non sint. Ergo non poterit iste falcidiam deducere. Verum hac ratione non obstante placuit posse istum falcidiam detrahere, quoniam, & opes patris, & legatorum contributio formam, & originem trahunt à patre, & testamento paterno, idest opes existimantur à morte patris, quo tempore formam capiunt, idest valor earum ex eo tempore æstimatur: similiter & legata eo tempore minuuntur: Ità ergo quasi patri isti substituti succedant, poterit ille, cuius portio est onerata quartam detrahere. Nam etsi à patre duo essent instituti hæredes, & vnius portio fuisset grauata posset ille quartam deducere: placuit enim in singulis hęredibus quartæ rationem habendam esse *l. in singulis ff. ad l. falcid.*

Sed si datis duobus substitutis filio, vt in casu *d. §. si filio* ab altero substituto nihil esset relictum, aut non plus quarta, esset tamèn relictum à pupillo, cui cum succedat incipit vltra quartam oneratus esse; an poterit, & iste quartam detrahere? Videtur dicendum non posse, quia quartam ipse habet, & quia dictum est quemque substitutum considerari tamquam si à patre esset institutus, vt sicuti quilibet institutus ex sua persona detrahit quartam, ità & possit quilibet substitutus tamquam institutus. At si tamquam institutus consideretur sine dubio quartam non detrahet, quia non plus dodrante suę portionis ab eo relictum est, & sic quartam habet.

Si tamen hoc dicimus quartam hunc non detrahere, negamus quod vulgò probatum est, nempè in tabulis patris, & filij vnicam falcidiam seruari. Ergò concludit Papinianus *in d. §. si filio* rem diuersimodè considerandam. Nam si agatur de eo, qui in secundis tabulis oneratus est vltra suę portionis dodrantem, is proprio nomine grauatus tamquam institutus quartam detrahet: & si contingeret à pupillo etiam in primis tabulis legatum esse, vt confusis legatis quartam detraheret, tamèn adhuc eo colore detrahere poterit quasi à patre institutus. At alter, qui in secundis tabulis grauatus non est, & qui tamquam institutus detrahere quartam non posset, non vtetur eo colore, sed quartam detrahet quasi substitutus ex regula illa vulgò recepta, vt in primis, & secundis tabulis confusione calculi facta vna falcidia seruetur. Et hic est intellectus *d. §. si filio*.

21 Hæc † verò procedunt in substituto pupillari respectu portionis, quę ei obuenit ex substitutione Nam legata à pupillo data in primis tabulis, & à substituto in secundis confunduntur. Cæterum si idem pupillo substitutus eidem pupillo fuisset datus cohæres, an confundere etiam deberet legata à pupillo data in primis tabulis vnà cum portione habita ex institutione. Respondetur *in l. in ratione § quæsitum ff. ad l. falcid.* non esse contributionem faciendam eius portionis, quæ habita est ex institutione, nec similem esse hunc substitutum quoad hanc portionem, quam ex institutione habet, ei, qui ex pluribus portionibus siuè pure, siuè sub conditionibus diuersis est institutus, qui omnia confundere debet, & vnam falcidiam detrahere.

Contrarium è directo responderi videtur *in l. cohęredi §. cohęres ff. de vulg. & pupill.* vbi institutus quis est, & datus cohęres pupillo, eidemque pupillo substitutus; in secūdis tabulis legata ab eo sunt relicta, dicitur ea legata perinde præstāda, ac si ex parte pure, ex parte sub conditione esset institutus. Secus verò dicitur si substitutus pupillo cohæres non fuisset; Nam ille quartam detraheret licèt alius cohæres pupilli quartam totius hæreditatis haberet. Ergò videtur constitui differentia inter substitutum pupillo cohæredem, & non cohæredem, vt ille quartam non detrahat sed facienda sit contributio portionis habitę

ex

ex institutione. Iste verò quartam detrahat, cum contributionem facere non possit, vt qui cohæres non est, nec aliud habet quod contribuat.

Respondeo pro conciliatione plurimum interesse, vtrum agatur de contributione facienda relictorum ab eodem instituto, & substituto in primis, & secundis tabulis. An verò contributio facienda sit legatorum relictorum à pupillo cum legatis relictis quidem à substituto, sed in primis tabulis, ad quæ tamquam institutus tenetur ex propria persona. Primo casu fit contributio, quia, is qui legata debet ex iudicio testatoris vtramque portionem habet, tam illam, quę purè, quam illam, quę sub conditione data est, videlicet ex substitutione, & cum vnicam, hęreditatem illę duę portiones conficiant, vnica detrahenda falcidia, & ita procedit *l. cohęredi §. cohęres ff. de vulg. & pupill.* At legata à substituto relicta in primis tabulis, quæ ex propria persona tamquam institutus debet non sunt confundenda cum legatis à pupillo, Nam legata à pupillo debet ex alterius persona, non ex persona propria *d. l. qui fundum §. qui filium ff. ad l. falcid.* Sicuti etiam accidit in vulgari substituto, qui non confundit portionem suam si portio ei obueniat ex substitutione onerata *d. l. 1. §. id quod ex substitutione ff. ad l. falcid.* Cum itàque legata à pupillo relicta non sint confundenda cum relictis à substituto in primis tabulis, dubitari potest, an ratione eorum à pupillo relictorum nulla confusio sit facienda, licet & in secundis tabulis alia sint relicta, quorum ratione si sola essent, contributioni esset locus. An verò contribuenda sint relicta à substituto in secundis tabulis cum relictis ab eodem in primis, & separàtim consideranda legata à pupillo relicta. Hoc verius videtur ex dictis colligi posse. Non obstat aduersus prædicta *d. l. qui fundum § qui filium ff. ad l. falcid.* vbi legata à pupillo confunduntur cum legatis a substituto, eodemque instituto relictis in primis tabulis. Nam vt supra explicauimus, id procedit si pupillus hęres patri non extiterit, & legatis à substituto expressè repetitis, quo casu hęres ipse substitutus ex sua persona omnia legata debet, ideò non mirum si fiat contributio. Alioquin nisi fuissent legata repetita, tempore Iuliani nec quidem debita fuissent, vt suprà diximus.

De Sententia l. interdum 10. ff. de vsufr. accresc. l. si Titio 33. §. 1. ff. de vsufr. l. 3. §. idem Papinianus ff. Quib. mod. Vsusfr. amit. Cap. XIV.

SVMMARIVM.

Refertur interpretatio Rogerij ad l. interdum ff. de Vsufr. accresc. n. 1. reprobatur n. 2.

Refertur expositio Cuiacij, & Fabri n. 3. reprobatur n. 4.

Subijcitur interpretatio authoris n. 5.

Res iudicata pro veritate habetur inter easdem partes tantum n. 6.

Explicatur l. Titio 33. §. 1. ff. de vsufr. n. 7.

Res iudicata non obstat si de alia re agatur n. 8.

Explicatur l. 3. §. idem Papinianus ff. quib. mod. Vsusfr. amitt. n. 9.

Difficilis iure merito existimatur textus *in l. interdum 10. ff. de vsufr. accresc.* de cuius sententia non satis inter Doctores nostros constat. Roge-
1 rius † quem sequitur ad eam l. Accursius, ità casum effingebat, & legem explicabat. Duobus fuerat legatus vsusfructus, Alter lite contestata aduersus eum, qui se liti obtulit, succubuit, & amisit suam partem. Mox & collegatarius, ille scilicet qui litem contestatus non erat, vsumfructum amisit. Dicebat Rogerius eum qui litem fuerat contestatus à possessore vsusfructus eam duntaxat partem consequi, quam amiserat ille, qui litem non fuerat contestatus, quia ea pars ipsi accrescit, non domino proprietatis; vsusfructus namque personæ accrescit, & si fuerit amissus. Itàque Rogerius verbum *consequitur* refert ad eum qui litem fuerat contestatus, Et ea verba *partem dimidiam duntaxat,* quam

quam amisit, intelligit de eo, qui litem non fuerat contestatus, videlicet, vt eam dimidiam quam amisit qui litem non fuit contestatus, à possessore ille petat, qui litem contestatus fuerat. Vndè monet Accursius punctum po-
2 nendum post verbum *amisit*. Sed† aduersus hanc interpretationem, in primis, verba obstare videntur; cum ità loqui non potuisset Iuris Consultus, si intellexisset de parte, quam amisit is, qui litem non fuerat contestatus, sed oportuisset ità expressè dixisse. Alioqui verba volunt eam ipsam partem intelligi, quam amisit is, qui litem contestatus est. Pręterea si primus qui litem contestatus est partem suam amisit, ea debuit accrescere secundo, qui litem non fuerat contestatus. Ergò si postea secundus vsumfructum amittat, non amittet duntaxat partem, sed totum. Cur ergo dicitur partem duntaxat amittere? Neque enim satisfacit Accursius dum ita ea verba *partem dimidiam duntaxat* interpretatur, quasi diceret Iuris Cons. eam tantum partem petere eum, qui litem fuerat contestatus, quam amisit ille, qui litem non fuerat contestatus, non illam, quam ipse idem antea amiserat; eam enim cum semel amiserit, non recuperat *ex l. 3. §. idem Papinianus ff. quibus. mod. vsusfr. amitt.* Nam hunc sensum verba non patiuntur; non potest enim dici partem amittere eum, qui totum amittit: licet enim & partem amittat, qui totum amittit, tamèn indistinctè partem amittere dici non potest, quin negetur amittere totum; Falsum autem esset in casu nostro illum; qui litem contestatus non est totum non amittere. Et falsum etiam illud esset, quod dicit Accursius ad eum, qui litem est contestatus non posse iure accrescendi redire portionem illam, quam semel amisit *ex d. l. 3. §. idem Papinianus ff. quib. mod. vsusfr. amitt.* Si enim concedimus huic partem accrescere posse, licet vsumfructum non habeat, non video, cur & totum ei non accrescat. Nam *in d. §. id. m Papinianus* prohibetur duntaxat ius accrescendi ex eo proueniens, quod quis portionem suam amittat: Absurdum namque est eo momento, quo quis amittit vsumfructum, eodem, vsumfructum, ea ratione, quod amittit, accrescere. At in casu nostro ius accrescendi non ex eo est, quod is qui litem fuerat contestatus amisit vsumfructum, sed imò ex eo, quia nunc ei defertur illa ratione, quia qui litem contestatus non est illum amittit; & non eo momento ei accrescit, quo amittit, sed & alio tempore, & alia ex causa. Tandem si is fuisset sensus Vlpiani *in d. l. interdum* non repetiisset partem collegatarii, videlicet eius, qui litem contestatus non est, ei accrescere, non domino; aut saltem cum alia pars domino, alia ei qui litem fuerat contestatus iuxtà sententiam Accursij accresceret, inter eas partes distinxisset.

3 Iacobus † Cuiacius *lib. 9. obser. cap. 11. quem sequitur Anton. Fab. in Ration. ad d. l. interdum* improbat Rogerij explicationem, & aliorum quorundam emendationem, & ità textum exponit, vt primus, qui litem fuerat contestatus, & succubuerat vsumfructum amiserit; qui ad secundum, idest eum, qui non fuerat litem contestatus iure accrescendi peruenerit; Inde, & secundus amiserit vsumfructum, cuius portio ad proprietatem transierit, ea ratione, quod non potuerit recurrere ad primum, qui pro fructuario haberi amplius non potest semel in persona secundi toto vsufructu consolidato. Inquit enim hoc casu secundum petiturũ portionem primi à possessore, quam iure accrescendi quæsiuit. Ergò verbum illud *consequitur* refert ad eum, qui litem non fuerat contestatus.

4 Hęc tamèn expositio adhuc improbabilior est illa Rogerij, & Accursij. Intentio enim Vlpiani in ea lege est demonstrare, interdum partem vsusfructus etiam non habenti partem suam accrescere, vt ipse idem Vlpianus testatur expressè; quod vt ostendat proponit casum illum in quo, vt intentioni congruat probatio, necesse est, vt cernamus partem vsusfructus accrescere ei, qui partem suam non habet; 5 tantò magis quia in fine legis Iuris

L Cons.

Conf. afferens decisionis rationem ad
precedentem facti speciem, Inquit.
vsusfructus enim personæ accrescit, & si
fuerit amissus At si recipiamus interpre-
tationem Cuiacij, vtique vsusfructus
ei accrescit, qui suam portionem ha-
bet, licet eam paulò post amiserit. Ita-
que ineptum erit exemplum, inepta pro-
batio Vlpiani ad id quod proposue-
rat in principio legis, & quod in fine
tandem concludit. Quod si pro defen-
sione Cuiacij diceretur vsumfructum in
eo casu accrescere ei, qui non habet
partem suam, quia scilicet statim pau-
lò post illum amittit, reijceretur ex
vulgari axiomate de quo *in l. 4. §.*
extraneus ff. de noxal. act. Eò autem
magis hæc expositio esset reprobanda,
si vnà cum Fabro poneremus illum,
qui litem non fuerat contestatus amisis-
se vsumfructum ex capitis diminutio-
ne. Nam si id ità esset non solum ami-
sisset partem, sed totum, nempè etiam
partem illam, quam iure accrescendi
quæsiuerat; qua enim ratione partem re-
tinere non posset, eadem nec totum.
Videtur autem ea veluti ratione moueri
Faber, quod solam partem habeat, cum
capite minuitur; aliam, quæ accrescit
non habeat, quia illam non possidet.
Sed si id Faber sentiret, vtique sententia
esset tanto viro indigna, cum nihil com-
mune habeat ius vsusfructus cum qui-
dem possessione, sicuti in simili dicitur,
nihil comune habere possessionem cum
proprietate *l. naturaliter. § nihil commune*
ff. de acquir. poss. vsumfructum enim ha-
bet, & qui non possidet, cuius iuris ra-
tione vsumfructum à possessore vindicat
toto tit. ff. si vsusfr. pet. Si ergò is qui li-
tem non fuerat contestatus iure accre-
scendi acquisiuisset partem eius, qui li-
tem contestatus succubuerat, vtique eam
etiam amisisset, licet non possideret.
Igitur illam postea non potuisset vindi-
care à possessore.

5 Ego † ità potius textum explicarem,
vt voluerit ostendere Vlpianus inter-
dum vsumfructum accrescere ei, qui
partem suam non habet, idest non possi-
det, sed eam amisit, eo scilicet sensu, vt
eam non possideat, non habeat apud se
sed aliquo respectu amiserit non vt eam
omninò amiserit. Nam si amisisset omni-
nò vtique desiisset esse fructuarius, & ei
accrescere pars aliqua vsusfructus non
posset, in quo cũ Fabro *a d. d. l. aucrañ* li-
benter cõsentio. Vt verò id Vlpianus pro-
baret, vel potius, vt huius rei exemplum
afferret, proposuit duobus legatũ vsum-
fructum, quorum vnus cum possessio-
nem amisisset, egit cum illo, qui non pos-
sidebat, se tamen quasi possessor obtulit
liti, & non obtinuit, & ità vsumfructum
amisit per sententiam. Paulò post Col-
legatarius, qui litem non fuerat conte-
status amisit & ipse partem suam, quæ
pars iure accrescendi transiuit ad eum,
qui litem fuerat contestatus, non autem
ad Dominum. Ratio est, quia vsusfru-
ctus personæ accrescit & si fuerit amis-
sus. Portionem igitur vsusfructus, quam
collegatarius amittit, accipit is, qui
litem fuerat contestatus, qui idem par-
tem aliam dimidiam, quam ipse idem
amisit respectu eius qui liti se obtulit,
à possessore vindicabit.

Hunc verò esse eius l. sensum pro-
bo, quia is, qui litem fuit contesta-
tus cum eo, qui liti se obtulit, licet
succubuerit per Sententiam, non ta-
6 mèn amisit vsumfructum. Res enim
iudicata, licet pro veritate habeatur *l.*
res iudicata ff. de Reg. iur. tamen non
habet locum, nisi inter easdem per-
sonas agatur. (*Res inter alios acta & d.*
l. 1. & l. ... an eadem in principio cum
de hoc ... exceptio ... iudic.) Reti-
nuit ergò ille, qui litem fuerat con-
testatus vsumfructum, & ideò non
potuit is accrescere ei, qui litem con-
testatus non fuerat. Si igitur Col-
legatarius, qui litem non fuerat
contestatus suam partem amiserit, ea
iure accrescendi ad eum, qui litem
fuerat contestatus spectabit, quam-
uis is partem suam non habeat, sed
per sententiam amiserit, nempè quia
licet vsumfructum non habeat, idest
non possideat, & per sententiam ami-
serit, tamen adhuc ius vsusfructus re-
tinet. Amisit enim duntaxat quoad
illum aduersus quem non obtinuit, non
amisit omninò. Ergò rectè poterit par-
tem,

tem, quam, respectu eius, cum quo litem fuit contestatus, amisit, à possessore vindicare. Et verò verbum illud *consequitur* quod in textu, referendum ad eum, qui litem fuerat contestatus, probatur, quia alioqui ratio, quæ sequitur, quod *Vsusfructus accrescat personæ & si fuerit amissus* non posset accomodari ei casui, quo qui litem non fuerat contestatus acquisiuisset iure accrescendi portionem, quam amiserat, qui litem fuerat contestatus; non solum quia qui litem fuerat contestatus vsumfructum non amiserat, vt probauimus; cum posset aduersus alios ius suum persequi, sed quia quamuis amisisset, non tamen verificaretur ratio, quia fuisset portio illa quæsita ei, qui litem non fuerat contestatus, tempore, quo adhuc partem suam possidebat, nec amiserat. Ergò sensus Vlpiani in ea lege est, vt portio, quam amittit qui litem non fuerat contestatus sine aliquo dubio perueniat ad eum, qui litem contestatus fuerat, & duntaxat ei, qui litem fuerat contestatus, necessarium sit à possessore partem quam amiserat vindicare. Confirmatur hæc interpretatio ex verbis Vlpiani. Nam Vlpianus Collegatarium vocat illum, qui litem non fuerat contestatus, & paulò post subdit partem collegatarij ipsi accrescere, nempè ei, qui fuerat litem cōtestatus, quem tamquam præcipuum sibi in illa facti specie constituit Vlpianus; indè collegatarium alium vocat, qui litem non fuerat cōtestatus, ideo eo nomine illum perpetuò debet designare, nè nominum confusio obscuram reddat decisionem ipsam.

7 Hinc † explicatur quomodo intelligēdus textus *in l. Titio 33. §. 1. ff de vsus.* vbi postquam egit quis de vsufructu, dicitur agere de parte altera, quę accrescit. Nempè is vsumfructum non amisit, licet agens non obtinuerit, ergò tamquam fructuarius habet ius accrescendi: & si portio alia vacet sibi accrescet, quam solam ab eodem possessore vtriusque partis poterit vindicare, cum quoad aliam obstet exceptio; secus verò quoad accrescentem portionem, quia ista alia portio est,
8 de qua non est iudicatum. Cum † igitur alia res sit non obstat res iudicata *ex l. cum quæritur cum ll. sequent. ff. de except. rei iud.* Secus est in proprietate; Nam qui partem suam petijt, & succubuit, partem accrescentem non potest petere nisi in consequentiam partis, quam per sententiam amisit, quia portio accrescens portioni veluti per alluuionem accedit: necesse ergò est ad vindicandam partem accrescentem reuocare quęstionem de parte quam amisit, & quę per sententiam terminata est. In vsufructu nihil simile est, nam portio vsusfructus, quæ accrescit personæ, non pendet ab alia portione, quam fructuarius amisit.

9 Quoniam † verò supra mentionem habuimus textus *in l. 3. §. idem Papinianus ff. quib. mod. vsusfr. amitt.* breuiter eius §. intellectum subijciemus. Ponit Papinianus, quem Vlpianus refert eius l. author, testatorem, Titio, & Męuio vsumfructum legasse, & si Titius vsumfructum amitteret capitis diminutione, vel alio modo, relegasse Titio partem vsusfructus, idest semissem; Si Titius vsumfructum amiserit & ex relegato, ex repetitione, partem fuerit consecutus; Quęrit Papinianus an coniunctus sit Meuio, & an inuicem coniuncti sint. Et ex his quæ sequuntur colligitur sensisse Papinianum coniunctos esse, cum necesse sit coniunctos esse, & concurrere illos, quorum alteri totum, alteri pars legata est *l. Męuio 41. ff. de leg. 2.* concursùs autem erit in parte, nempè in semisse: non potest enim nisi in parte concurrere is qui partem accepit. Itaque cum semis vsusfructus sit Titio relegatus, ad quem semissem etiam Męuius concurrit, concursu partes fient, & ità eius Semissis Męuius partem habebit, aliam Titius. Itaque Mæuius habebit totum alterum semissem ad quem Titius non concurrit, & quadrantem habebit eius semissis, qui Titio est relegatus, & sic in totum dodrantem. Titius autem quadrantem habebit. Respondet igitur Papinianus si Titius vsumfructum amiserit totum socio idest Męuio coniuncto accrescere. Quę quidem

Papiniani responsio non ità intelligenda, vt quærat, & respondeat Papinianus de ea portione, quá habet Titius ex primo concursu, videlicet de semisse, vt sẽtit Anton. Fab. ad hunc §. nam totus ille Mæuio non accrescit, cum partem Titius ex repetitione resumat: Nec ex mente idest Papiniani, qui cum quærat an coniuncti illi sint ex relegato, quærit etiam & respondet de parte, quam quisque habet post resumptum à Titio vsumfructum. Ergò intelligendus Papinianus ità, vt totum, quod resumpsit Titius ex relegato, si illud amittat accrescat Mæuio. Si verò Mæuius ipse vsumfructum amiserit respondet Papinianus nõ totum accrescere Titio, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quę responsio iterum non est accipienda prout à Cuiacio. *ad l. 3. §. idem Papinianus ff. quibus mod. vsusfruct. amitt. lib. 17. quæst. ad Papin.* vt scilicet tres fiant partes, vt vnam habeat Titius ex relegato, alteram iure accrescendi, tertia ad proprietarium spectet. Nam imò cum Titius ex relegato non consequatur in effectu nisi quadrantem, & non nisi in semisse coniunctus sit Mæuio, non potest Titius iure accrescendi plus consequi semisse sibi ex relegato dato, alius semis ad proprietarium spectabit. Huius autem decisionis ratio ea redditur, *quia non potest dici eo momento, quo quis amittit vsumfructum, & resumit, ipsi quidquam ex vsufructu accrescere*. Nempè ideo partem tantum consequitur Titius, quia cum semis tantum à testatore sit ei relegatus, necesse est alium semissem irreparabiliter amisisse, & sic accreuisse Mæuio, qui ex eo videbitur ità coniunctus Titio, quasi ipse totum acceperit, Titius Semissem. Neque verò potest intelligi Titio eo momento, quo semissem amittit, & resumit, alium semissem accrescere ità vt concursu semissem Titius consequatur, prout consecutus fuit tunc, cum vsusfructus, non pars, legatus eidem fuit; quia id esset contra voluntatem testatoris qui semissem tantum vsusfructus relegat. Et receptum est ei, qui amittit vsumfructum, ex eo quod amittit nihil accrescere, quia scilicet absurdum esset quem eodem momento partem amittere, & eamdem partem iure accrescendi recipere; si enim id ità esset, non posset dici quis illud ammittere quod retineret.

Legatario partem rei legatæ vendente, quam ex legato habuit, si postea pars alia eiusde n rei deficiat, ea nec ipsi venditori, nec emptori iure accrescendi acquiritur, sed ad heredem redit. Cap. XV.

SVMMARIVM.

Portio accrescens emptori rei legata accrescit, non venditori n. 1.
Portio portioni, veluti alluuio accrescit n. 2.
Pars accedens per alluuionem post emptionem venditionem spectat ad emptorem n. 3. ad quem commodum omne, & incommodum spectat. n. 5
Portio accrescens retrò videtur fuisse legatarij. n. 4.
Venditum id omne videtur, quod tempore contractus occasione rei venditæ ad venditorem spectabat. n. 6.
Portio accrescens venditori, non emptori accrescit. n. 7.
Q .i pretium habet rem habere videtur. n. 8.
Qua ratione fiat, vt si pluribus coniunctim res eadem sit relicta, portio tamen vacans accrescit portioni, non personæ n. 9.
Portio deficiens in casu proposito neque ad venditorem, neque ad emptorem pertinet, sed ad hæredem transit. n. 10.
Portio vacans non solum accrescit legatario, sed & hæredibus legatarij. n. 11.
Resoluuntur argumenta allata pro emptore. n. 12.
Resoluuntur & allata pro venditore. n. 13.
Quid dicendum si ante traditionem portio vacans accresceret legatario, an ea esset restituenda emptori. n. 14.

Disputant Doctores nostri legatario vendente partem rei legatæ, quam ex legato consecutus est, cui accrescat portio collegatarij coniuncti, an ipsi legatario venditori, an vero emptori. 1 Communis † magis opinio esse videtur portio-

portionem collegatarij deficientem for-
2 tè repudiatam accrescere emptori, ea †
ratione, quoniam portio portioni, veluti
alluuio accrescit *l. si titio. 33. §. fin. ff. de*
vsufr. & portio rei legatæ apud empto-
rem reperitur; ergò alia portio vacans
3 ei accrescere debet, sicuti † & eidem pars
per alluuionem accrescens acquiritur
l. id quod ff. de peric. & comm. rei vend. §.
cum autem Instit. tit. de empt. vendit.
quam sententiam confirmat Bellon. *de*
iure accresc. cap 7. q. 67. n. 20. hoc di-
4 lemmate. Inquit enim, Aut † volumus
partem, quæ postea vacat fuisse retrò
venditoris *iuxta textum in l. si dominus.*
17. & l. Titio, & Seio 34. cum ll. sequen.
ff. ad l. Aquil. vel non fuisse. Si non fuit,
sine dubio res, quæ postea accedit reivē-
5 ditę ad emptorem spectat, vt potè † ad quē
etiam spectat rei incōmodum, & periculum
d. l. id quod ff. de peric. & comm. rei
vend. Si verò fuit venditoris, vtique ven-
6 dita & illa videtur quia † id omne vendi-
tum videtur, quod tempore contractus
occasione rei venditæ ad venditorem spe-
ctabat *l. 2. §. 1. ff. de hæred. vel act.*
vend. argumento l. Rutilia Polla 69. ff. de
contrahend. emption.
7 Alij † tamen contrarium sentiunt,
inter quos Cuiacius *lib. 12. obser. cap. 13.*
quem etiam sequitur Anton. Fab. (licet
Cuiacij rationes improbet) *de err. pragm.*
decad. 50. err. 5. & 6. Mouentur quia
ius accrescendi, quod ex coniunctione
est ex voluntate testatoris est. At em-
ptor voluntatem testatoris non habet,
sed venditor, idemque legatarius, ergò
portio vacans huic accrescere debet:
8 maximè quia precium habet rei, & †
sic rem habere videtur *l. 4. §. fin. si quis*
omiss. caus. test. l. si vsufr. 35. l. quia qui
pretio 39. ff. de vsufr. l. sed si quis seruum
ff. de pecul. cum l. sequent. Hanc senten-
tiam confirmat Fab. loco cit. ea ratione,
quia sicuti hæres alienando suam portio-
nem hæreditatis non desinit hæres esse,
ità nec desinit legatarius esse qui rem le-
gatam, aut partem eius alienauit, ergò
legatum adhuc habet, licet non habeat
rem legatam. Itaque si pars legati defi-
ciat legatario debet accrescere, qui aliam
partem legati habet, licet non habeat
partem rei legatę existimat enim Faber
plurimum interesse inter rem legatam,
& legatum ipsum, hoc apud legatarium
manet, res legata ad emptorem transit;
sed cum de iure accrescendi quæritur
pars vacans legati, non rei legatæ, sed
legato accrescere debet.
9 Vt † quæstionem hanc resoluere pos-
simus præmittendum est, qua ratione il-
lud fiat, vt si de pluribus coniunctis aga-
tur portio vnius deficiens accrescat por-
tioni, non autem personæ. Videtur
enim potius dicendum accrescere perso-
nę. Nam testator, qui plures coniungit
vult illos, & sic personam in locum, &
partem alterius deficientis vocari. Ea
etenim ratione inter coniunctos ius ac-
crescendi datur, quod testator plures
coniungens omnes in vnum corpus re-
digit, ità vt omnes vnius vicem, & per-
sonam sustineant, & vnus omnium *l.*
vnica. §. his ità definitis vers. hæc ità tam
variè C. de Cad. toll. l. planè §. 3 ff. de leg.
Si ergò ideo ius accrescendi inter co-
niunctos locum habet, quod superstes
fungatur vice alterius deficientis, & sic
ratione personæ, personale est ius ac-
crescendi, nec vlla ratio esse videtur
cur portio ad portionem recurrat, cum
imò ad personam, & superstitem recur-
rere debeat. Sed memoria tenendum
èst, quod diximus suprà *cap 10 n. 18. &*
seq. h. lib. 2. testato enim cum legat
pluribus coniunctim, rem totam semel
delibare, & ab hereditate separare, vt
suo tempore ad legatarios, vel omnes,
vel eos, qui supererunt, perueniat. Si
ergò pars aliqua deficiat, & non possit ac-
quiri ei, cui à lege fuerat delata, & in cu-
ius persona pro ea parte dies cesserat, ne-
cesse erit redire eam ad suum totum. Nō
enim potest ad hæreditatem redire, tam-
quam numquam legata esset, quia imò
res tota fuit legata pluribus, nec illa pars
fuit delibata ab hereditate, vt acquirere-
tur illi, cui fuerat delata, sed res tota in
gratiam illorum omnium, quos pro vno
testator habuit, ex eo quod illos coniun-
xerit, ab hæreditate est separata, ad
quam ex voluntate testatoris redire non
potest, donec aliquis est illorum, qui
coniuncti sunt, & in vnum corpus re-
dacti.

da&i. Ergò cum ad hæreditatem pars illa redire non possit donec aliquis ex coniunctis supereſt, necesse est cum suo toto coniungatur, & sic superstiti iure accrescendi acquiratur. Neque enim potest denuò ea pars deferri superstiti, cum, vt superioribus capitibus diximus, cessio non nisi semel fiat, & cum vnicum legatum fuerit, vnica cessio esse debet. Potius ergò quoad illam partem legatum permittitur, cum pars illa semel legata deficiat; transit tamen ad superstitem ratione illa, quod ad hæreditatem redire non possit, dum pars adhuc adest ab hæreditate separata, cum qua pars vacans coniungenda est tamquam cum suo toto, cum numquam voluntate testatoris fuerit à suo toto separata. Intelligimus ergò ex his & portionem portioni accrescere, & quid operetur plurium coniunctio, vt locus sit iuri accrescendi, nempè vt donec illorum aliquis adest res legata, & quidem tota conseruari debeat ab hæreditate separata, cum in gratiam omnium ità sit à testatore delibata, vt & vnus omnium vice fungi possit, itàut donec vnus supereſt ad hæreditatem pars aliqua redire non possit.

10 Hoc † ità præmisso. Quantum pertinet ad quæstionem propositam neutram ego sententiam probo. Sed si à legatario, qui partem suam agnouit ex legato, eadem rei pars sit vendita simpliciter sine aliqua iurium cessione, Existimo partem collegatarij vacantem,& deficientem neutri acquiri, sed ad hæreditatem redire.

Moueor quia ad hoc vt portio accrescat, necesse est, vt is cui accrescere volumus sit legatarius, vel saltem legatarij hæres, & in ius legatarij successor, & præterea vt is rem habeat apud se, cui alia portio iungi possit necessarium est, vt rem habeat, qua portio accrescit portioni, vt alluuio *d. l. si titio §. 1. ff. de vsufr* necessarium quoque est, vt sit legatarius, quia vt paulo ante diximus, ideo portio recurrit ad portionem, quia supereſt adhuc ipse legatarius, in cuius gratiam res tota ab hæreditate fuit delibata, qua ratione cessante pars deficiens semel à lege separata vtique redibit ad hæreditatem. Planè si adsit hæres legatarij, sicuti statim die legati cedente legatarius ad hæredem suum transfert legatum, ità & transfert cum eisdem qualitatibus *l. 5. §. eisdem autem ff. quand. dies leg. ced.* hæres enim fungitur vice ipsius defuncti, & sic pro legatario est, postquam iura legati acquisiuit. Ergò etiam ipsi pars accrescens acquiretur, prout & legatario.

In proposito venditor est quidem legatarius, sed non potest partem deficientem acquirere, vt potè qui partem nullam rei legatæ habet, cum qua pars vacans coniungi possit. Emptor autem habet quidem partem rei, sed nec ipse legatarius est, nec ius legati acquisiuit. Suppono enim simpliciter legatarium rei partem vendidisse, tamquam cuiuslibet rei, non iura legati cessisse. (Nam si iura cessisset, fortè dici posset portionem vacantem emptori accrescere pro-

11 ut † accrescit hæredi legatarij *l. hac scriptura §. fin. ff. de cond. & dem. l. patronum 44. §. fin. ff. de Bon. libert.*) Cum itaque nec venditori pars vacans possit accrescere, nec emptori, consequens est eam ad hæreditatem redire.

12 Neque † obstant allata in contrarium. Nam ad id quod pro emptore dicebatur, ei accrescere portionem, qui partem rei habet, is autem emptor est. Dico non sufficere rem habere, nisi ea persona sit quæ habet, in cuius gratiam res ab hæreditate sit delibata, vel saltem eam personam repræsentet,& in eius ius successerit. At talis emptor non est, cui rei legatæ pars simpliciter vendita est. Non obstat argumentum Belloni. Nam si veritatem inspicimus pars postea accrescens retro non fuit legatarij, cum imò lex rem ipsam diuiserit, & per partes pluribus detulerit, & ab adita hæreditate dominium etiam dederit collegatario, vt probatur *ex l. magis puto §. fundum ff. de rebus eorum*. Inspecto igitur euentu quoniam repudiante collegatario dominium illud resoluitur, & perinde est ac si res numquam ei esset acquisita, quinimò nec delata, dicitur retrò videri dominium collegatario accreuisse, vt possem ex pluribus demonstrare. Sed hac de re for-

te forsitan alibi. Ergò cum portio accrescens retrò legatarij non fuerit non potest ab eo videri vendita, quinimò etsi fuisset eiusdem legatarij, tamen cum expresse ille partem vendiderit, non potuisset videri vendere rem totam. Ego enim suppono non vendidisse ius legati, sed rei partem simpliciter, quo supposito, si res postea vacet, nec ipsi venditori acquiretur, cum portionem non habeat; nec ipsi emptori, qui nec legatarius est, nec in ius legatarij successit, vtpotè cum in eum ius legati non sit translatum, sed duntaxat vendita res legata pro parte ei fit.

13 Non † etiam obstant allata pro venditore. Nam quod venditor voluntatem testatoris habeat non sufficit; cum, vt diximus portio portioni accrescat. At venditor portionem non habet. Nec quid facit quod habeat precium. Potest enim interdum effectu, & ratione legis considerata videri rem habere, qui precium habet, vt in iuribus in contrarium adductis. Sed in proposito, cum portio vacans iungatur cum portione, & quidem cum portione vera, prout portio accedens per alluuionem iungitur fundo, qui apud emptorem reperitur, non autem precio, quod est apud venditorem, ita portio ista vacans de qua agitur iungi non poterit precio, quod apud emptorem reperitur, sed cum sua portione vera iungetur, vel si ratio cesset, redibit ad hereditatem.

Minus obstat consideratio Fabri, qui dum distinguit legatum à re legata, vult legatum in mere apud venditorem, eiusque legati ratione partem deficientem ei acquiri. Nam bona non est comparatio legati cum hereditate. Hæreditas est ius à rebus hæreditariis separatum, & distinctum *l. incorporales Inst. tit. de rebus corp. & incorp.* est successio illa in vniuersum ius defuncti *l. hereditas ff. de reg. iur. l. nihil aliud ff. de verb. signif.* At res legata non alia ratione distincta est à legato, quàm, quia legatum est titulus, ex quo res legata acquiritur. Cæterum ex legato non aliud acquiritur, quàm rei dominium, & res ipsa, non aliud præterea ius à re distinctum, ergò si res, si rei dominium alienetur, nihil remanet apud legatarium. Legatarius quidem adhuc dicetur eo respectu, quod & legatum ei fuerit datum, & quod illud acquisiuerit, non tamen quia ius aliquod ex legato apud se habeat, cuius iuris ratione pars ei accrescere possit. Et verò si apud legatarium re legata alienata, vel amissa maneret legatum, cuius ratione posset legatarius partem deficientem acquirere iure accrescendi, Nulla esset differentia constituenda *in l. si Titio 33. §. 1. ff. de vsufr.* inter proprietatem, & vsumfructum. Nam & is qui per sententiam rem legatam amisisset pro parte, posset aliam partem accrescentem vindicare; nec ei obstaret res iudicata non magis quàm fructuario, quia sicuti fructuario non obstat illa ratione, quod vsusfructus personæ accrescit non autem portioni illi, in qua fructuarius succubuit. Ita & proprietario non obstaret, quia porro legati postea deficiens accreuisset sibi ratione legati, quod retinuit, non autem penderet à portione illa, in qua semel victus est; & sic cum alia & alia portio esset; non possetres iudicata obstare, vt diceba*m in cap. præced. n. 7.* 8. Quod miror Fabrum

14 non vidisse. Planè † si legatarius partem rei legatæ vendidisset & antequam tradidisset, vacasset alia portio, sine dubio iure accrescendi ea ad venditorem pertinuisset; ut potè qui portionem habuisset, & legatarius esset. Dubitari posset an esset hæc portio emptori hoc casu restituenda, quod occasione partis venditæ esset acquisita, an potius posset retineri à venditore, quod ex persona sua portio vacans portioni venditæ accreuisset. Pro emptore afferri possent textus *in l. Iulianus §. si quid, ƒ. rno 18. ff. de action. empt. l. cum autem § fin. ff. de ædil. edict.* Sed hæc quæstio ad rem nostram nunc non pertinet.

Ad

Ad regulam Catonianam. Explicatur l. debitor 82. §. seruo alieno ff. de leg. 2. Cap. XVI.

SVMMARIVM.

Regula Catoniana inualidat ea legata, quæ si statim facto testamento decederet testator essent inutilia. n. 1.

Res nostra nobis debere non potest. n. 2.

Res sua domino inutiliter legatur. n. 3.

Legatum eius, quod nobis debetur est inutile. n. 4.

Refertur, & reprobatur expositio Cuiacij. n. 5.

Resoluitur difficultas. n. 6. & seqq. ut.

Regula Catoniana non pertinet ad conditionalia, & ad ea, quorum dies statim mortuo testatore non cederet. n. 7.

Leges priores ad posteriores, & posteriores ad priores trahuntur. n. 8.

1 Maxima quibusdam videtur, & inconciliabilis antinomia, quæ aduersus regulam Catonianam desumitur *ex l. debitor §. seruo ff. de leg. 2.*
2 Cum † enim regula Catoniana sit constitutum, id legatum non valere, quod si testator testamenti facti tempore decessisset, fuisset inutile, quamuis postea quandocunque decesserit *l. 1. ff. de reg. Caton.* Iuxta hanc regulam dicendum videretur re domini legata alieno seruo legatum ab initio non valere, ideoq; nec conualescere postea posse; quia si testator statim condito testamento decessisset sine dubio inutile fuisset legatum, cum seruo in eodem statu existente, dieque legati cedente futurum fuisset, vt obligatio domino acquireretur. Domi-
2 no † verò obligatio ad rem suam acquiri non potest §. *hic itaque Instit. tit. de*
3 *Action.* qua ratione † sicuti domino inutiliter res sua legatur *l. cætera §. 1. ff de l. g. 1. l. proprius C. de legat.* ita & inutiliter videtur seruo legari res domini, cum si statim testator decederet, legatum in persona domini consistere non posset. Et tamen *in d. l. debitor §. seruo ff. de leg. 2.* respondetur rectè seruo alieno rem domini legari, sicuti & eidem rectè legatur, quod
4 domino eius purè debetur, cum † tamen domino id legaretur inutiliter *§. ex contrario Instit. tit. de leg.* & inutile legatum esset si statim testator qui seruo legauit decederet, nam domino acquiri non posset legatum eius, quod ei debebatur.
5 Iacobus † Cuiacius *ad Paul. lib. 10. quæst. in explicat. d. l. debitor §. seruo ff. de leg. 2.* dicit regulam Iuliani de qua *in d. §. seruo* non pugnare cum regula Catoniana, quę dictat legatum quod ab initio non valet tractu temporis non conualescere: Inquit enim seruo alieno legatum relictum ab initio valere etiam si non possit domino eius acquiri, quia dies legati vtiliter cedere potest, nempè seruo manumisso ante mortem testatoris. At hoc ipsum est, quod demonstrat maximè regulam Iuliani cum regula Catoniana pugnare: Cum enim regula Catoniana ex eo quod legatum illud non posset statim acquiri, & inutile esset, illud vitiaret, quamuis posset postea, libero seruo effecto viuente testatore vtiliter dies cedere, regula Iuliani efficit imò ex eo quod possit illud legatum vtiliter cedere, valere, quamuis si statim decederet testator inutile esset.
6 Respondendum † igitur est regulam Iuliani, vel à Iuliano relatam, & communiter à Iurisprudentibus receptam, & constitutam eam fuisse, vt *id seruo alieno vtiliter legaretur, quod ipse liber factus capere posset* quæ quidem regula derogauit regulæ Catonianæ. Nam antequam hęc regula Iuliani esset inducta, vitique vitiatum esset legatum rei domini seruo alieno adscriptum, cum si statim decessisset testator illud legatum fuisset inutile. At regula Iuliani fecit Catonianam cessare, dum induxit nō inspiciendum quod seruus ipse in eodem statu manens, vel per eum dominus capere posset, sed eius rei legatum valere, quam seruus liber factus capere posset. Ergò regula Iuliani noluit præsentem statum inspici, & seruum considerari prout est tempore testamenti, sed voluit respectum haberi ad id tempus, quo liber esset effectus. Quo constituto cessat vis regulę Catonianę, & cessat etiam omnis pugna. Neque regu-

regula Catoniana ea dūtaxat vitiat, quę si
statìm decederet testator facto testamen-
to dici posset inutilia esse, alia non vitiat,
7 ideò † non inualidat data sub conditione,
nec ea, quorū dies statìm non cedit, sed ab
adita hęreditate *l 3 & 4. ff. de Reg. Caton.*
& eadem ratione inutilia nō facit illa, quę
si statìm decederet testator data nō essent
l. 1. ff. eod. tit. At posita regula Iuliani nō
potest regula Catoniana inualidare lega-
tum factum seruo ex eo, quia si statìm de-
cederet testator inutile esset; si enim id
efficeret legatum vitiaret inspecto statū
præsenti. At Iulianus voluit inspiciendū
vel statum futurum in quo scilicet seruus
erit liber factus *iuxtà d. §. seruo alieno* vel
statū in quo esset, si liber esset *iuxtà text.
in l. & si maximè ff. de seruit. leg.* Consi-
derato seruo alieno, prout cōsiderat eum
Iulianus videlicet sub ea veluti conditio-
ne, si liber vel efficeretur, vel esset, etiam si
poneremus statìm post testamentum fa-
ctum decedere testatorem, non tamē di-
ci posset legatum inutile; Nam & si statìm
decederet testator, si seruum tamquam li-
berum consideraremus, legatum esset vti-
le, & ipsi seruo iam libero acquireretur.
Si ergò fictioni Catonianæ Iuliani fictionē
iungamus, vel considerationi Catonianæ
Iuliani considerationem, cessabit effectus
& vis regulę Catonianæ. Vel enim non-
dū dici poterit inutile quod deberi potest
libero effecto, & sic quod quodammodo
sub conditione debetur, vel dicendū erit
deberi illud vtiliter, si qui nunc seruus est
tamquam si liber esset, consideretur. Iun-
ctæ ergo istę duæ regulę efficiunt legatū
seruo alieno, quod ipsi si liber esset acqui-
ri posset, ab initio inutile non esse. Et si iū-
8 gatur prout omninò fieri debet ex † regu-
la *l. non est nouum cum ll. sequent ff. de le-
gib.* cōstabit & legatum seruo factum va-
lere in casu supra proposito, & omnem
pugnam inter dictas regulas cessare.

De sententia, & ratione l. quæcunque 13
§. fin. ff. de publ. in rem act. Cap. XVII

SVMMARIVM.

*Pro actus validitate semper pręsumendū. n. 1.
Si scriptum sit in instrumēto quem promisisse,
intelligitur per stipulationem promissum, ide-
que dicendum si scriptū sit quē fideiussisse. n. 2.
Solemnitates alię intrinsecę, alia extrinsecę,
illę pręsumuntur, non ista ex communi DD.
sententia. n. 3 qua tamen reprobatur. n. 4.
Refertur, & reprobatur Donelli interpretas n. 5.
Refertur, & reprobatur responsio Cuiacij n. 6.
Authores expositio subijcitur n. 7. & sequent.
Qui petit vsuras, probare debet eas sibi per sti-
pulationem promissas. n. 8.
Vsura citra stipulationem nō possunt deberi. n. 9.
Confessio non inducit obligationem. n. 10.*

ADuersari iuris principijs videtur quod
respondetur *in l. quæcunque §. fin ff. de
publ. in rem act.* eum qui à pupillo emit
probare debere tutore authore lege non
1 prohibente se emisse. Cū † enim sēper pro
actus validitate sit præsumendū *l. quoties
80. ff. de verb obl. l. quoties ff. de reb. dub.
cum simil.* videri potest sufficere, vt pro-
bet quis à pupillo se emisse, & ex eo satis
præsumi solemniter, & tutoris authori-
tate intercedente emisse ad hoc vt actus
2 validus, & efficax sit. Sic † enim videmus
si scriptum in instrumento sit aliquē pro-
misisse perinde esse ac si stipulatione in-
tercedente promisisset *§. si scriptum Inst.
tit. de inutil. stipul.* & ideo si quis scripse-
rit se fideiussisse omnia præsumuntur so-
lemniter acta *l. sciēdum ff. de verb. oblig.
§ fin. Inst. tit. de fideiussor.*

3 Doctores † nostri communiter ità diffi-
cultatem resoluunt, vt distinguendum sit
inter solemnitates. Alias enim dicunt in-
trinsecas esse, alias extrinsecas. Intrinse-
cas illas esse aiunt, quæ ad constituendū
actum necessariò cōcurrunt: extrinsecas
verò quæ vel ad confirmandum consti-
tutum, vel non semper, sed interdum re-
quiruntur. Intrinsecas dicunt pręsumi, nō
autem extrinsecas. Igitur in proposito, cū
ad substantiā emptionis venditionis solus
consensus requiratur, nec tutoris autho-
ritas exigatur ratione emptionis vēditio-
nis, sed ratione personæ, videlicet ad hoc
vt pupillus obligetur, non poterit tutoris
authoritas præsumi, sed erit probanda.

Communem † hanc Doctorū distinctio-
nē sunt qui improbent, quod omnes solē-
nitates à lege sint, ideò omnes intrinsecę,
nullæ extrinsecæ *argumento l. conditiones
extrinsecus ff. de cond. & dem.*

Addi potest emãcipationẽ requirere Iudicis authoritatem, *l. 2. l. fin. C. de emanc. lib* Et tamen si dicatur emancipatio facta, omnia censentur solemniter acta *l. ab ea parte ff. de probat.* Nec dicatur Iudicis authoritatem intrinsecam esse emãcipationi, secùs tutoris authoritatem emptioni venditioni. Nam imò emptioni venditioni pupilli, tutoris authoritas semper necessaria, ideò intrinseca. Sed melius probatur hoc *ex l. 1. C de fid. iustrum & iur. hast. fiscal. lib.* 10. vbi re debitoris distracta omnia censentur solemniter acta, scilicet & ab eo qui potuit, & habitis hastis, & his seruatis, quę ad eam distractionem necessariò, & solemniter requiruntur, quę tamen solemnitates iuxtà Doctorum definitionem estrinsecæ essent dicendæ, cum simpliciter, & absolutè ad venditionem non sint necessariæ. Cur ergò non pręsumitur tutoris authoritas in venditione facta à pupillo, cum non minus in hac tutoris authoritas, sit necessaria, quã in distrahenda re debitoris solemnitates illæ? Donellus † *ad l. sciendum 30.*
5 *n. 5. ff. de verb. oblig.* respondet contractum emptionis venditionis esse vltrò citroque obligatoriũ, & duo negocia continere, nempè emptionem, & venditionem. At verò cum qua parte emit quis à pupillo, agatur de eo emptore pupillo obligando, non verò de obligando pupillo emptori, qui non nisi ex venditione obligatur: Ideò si dicatur aliquem à pupillo emisse, quoniam ea pars contractus eo verbo significatur, qua emptor pupillo obligatur, & quidem sine tutoris authoritate *Instit. tit. de tutor. author. in princ.* ideò non præsumitur tutoris authoritas. Secùs si diceretur Pupillum vẽdidisse, tunc enim tutoris authoritas interuenisse pręsumeretur, quia ad venditionem validam efficiendam esset necessaria. At *in d. l. quęcunque §. fin.* non dicitur pupillum vendidisse, sed à pupillo quem emisse, ideo nulla ratio cur tutoris authoritas pręsumatur, cum vt dictũ est, ad hoc vt emptio efficax sit, & valida nulla tutoris authoritas requiratur.

Verũ nõ hunc quẽ tradit Donellus eius §. fin. sensum esse existimo. Nam cũ emptio esse nõ possit nisi eius rei, quę venditur: ibi verbo emptionis venditio etiam, & totus cõtractus significatur, sicuti olim I. Consultis fuerat visitatum, vt alterutro verbo totus cõtractus significaretur *l. veteres 19. ff. de act. empt.* quod manifestissimè cõprobatur, quia ibi dicitur eum, qui emit à pupillo probare debere tutore authore emisse, quod tamen frustrà faceret, si nomine emptionis sola ea pars contractus significaretur, qua emptor fuit pupillo obligatus; Cũ imò ideo probare debeat is, qui emit tutoris authoritatem intercessisse, vt pupillum habeat ex venditione obligatum: ergo ibi dicitur probare emptorem debere cum tutoris authoritate emisse, non eo sensu, vt separetur emptio à venditione, sed imò vt emptionis appellatione venditio, & totus cõtractus comprehendatur.

6 Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad d. l. scientum ff. de verb. oblig.* considerat multum interesse, vtrum in instrumento scriptũ sit promisisse quem, vel fideiussisse, an verò pupillum vendidisse. Primo casu stipulatio pręsumitur, quia ea verba stipulationem significant, & stipulatio nulla est quæ solemnis nõ sit, cum omnis stipulatio solemnitatem præcedentis interrogationis, & subsequentis responsionis requirat. At secundo casu, si scriptum sit pupillum vendidisse, eo verbo authoritas tutoris non significatur, non mirum itaque si illa non præsumatur. Sed aut verba fideiussionis, & promissionis accipimus simpliciter, aut quatenus efficacem fideiussionem, efficacem promissionem continent. Si simpliciter accipiamus, & generaliter, non magis stipulationem significant, quam nudum pactum, vt de verbo *promitto* probatur *ex l. sciendum §. dictum ff. de ędil. edict.* & constat etiam de verbo *fideiubeo*, quod nihil aliud significat quam sua fide quid esse iubere, vt ostendit Donellus *ad d. l sciendum n.* 3. Non est igitur cur illis verbis acceptis simpliciter & absolutè stipulationẽ adhibitam esse intelligamus. Quod si volumus his verbis significari validam & efficacem promissionem vel fideiussionem, fateor stipulationem significari, sed & idem dicendum eo casu quo scriptum sit pupillum vendidisse. Nam si efficax & va-

lida

lida significatur venditio, opus erit præsumere, imò eo verbo significari tutoris authoritatem, sine qua venditio illa valida, & efficax esse non posset.

7 Ego † existimo duplicem rationem assignari posse, cur *in d. l. quæcunque §. fin. de publ. in rem act.* probare debeat is qui emit à pupillo tutore authore emisse. Prima est, quia *in d. §. fin.* non ponitur in aliquo instrumento scriptum esse aliquem emisse à pupillo, sed ibi docetur, quid probare debeat is qui emit, & emisse à pupillo asserit; nempè quoniã quisque probare debet quod dicit *l. 2. ff. de probat.* & qui vtiliter emisse à pupillo, & efficaciter dicit, vt ipse dicit tutore authore emisse, necesse est, vt is probet authoritatem tutoris interce-
8 cessisse; Sicuti † contingit in illo qui vsuras sibi promissas asserit. Nam iste probare debet interrogatione præcedente rectè factam vsurarum stipulationem *l. 1. C. de vsuris* quia dum contendit
9 iste vsuras sibi debitas, quæ † (si de contractibus stricti iuris agamus) citra stipulationem deberi nõ possunt *l. quamuis C. de vsur.* consequenter dicit sibi per stipulationem promissas, id ergò quod dicit probare debet. Dices cur non sufficit testes deponere promissas vsuras esse? nonne ex eo intelliguntur promissę per stipulationem, sicuti & per stipulationem censentur promissę quando simpliciter promissas esse in instrumento scriptum est? Respondeo diuersitatem rationis ex eo esse, quia instrumentum vel ab ipso debitore, vel eius consensu scriptum est, Itaque ità illud verbum accipiendum, vt efficaciter sit promissum, & præcedente stipulatione, vt potius actus valeat *l. quoties in stipulationibus ff. de verb. oblig.* At si verbum *promitto* proferatur a teste, non est cur ex verbis testis obligationem inducamus, cum ex dicto testis non induci, sed probari debeat obligatio, & quatenus contrahentes, & qua ratione se obligauerint: deponere enim debet de facto, quatenus sub sensu corporeo cadit, (vt loquuntur Doctores) non per intellectum
10 iuris. Et † licet neque ex ipsius debitoris confessione obligatio inducatur *l. Publia §. fin. ff. depos.* tamen probatur ex verbis debitoris obligatio; & quidē efficax præsumitur, si quod verbum ambiguum sit, neque enim credendum, & inutilē actū & inutilem confessionem ipsius debitoris fuisse. Secunda ratio esse potest, quia quamuis in instrumento scriptum esset pupillum vendidisse, non tamen posset præsumi tutoris authoritas. Nam ratio cur ex verbo *promitto* præsumatur stipulatio, ea est, quod cum illud verbum vel à debitore, vel eius consensu sit prolatum, præsumitur actus validus in eius præiudicium. At verò ea interpretatio fieri non potest ex verbis pupilli, qui etsi millies velit se obligare, tamē nõ potest; Si ergo nõ potest pupillus se obligare, cum id expressè agit, multò minùs ex ipsius assertione præsumenda est efficax obligatio, nè ità in potestate pupilli esset se efficaciter obligare. Absurdissimum enim esset, vt pupillus quod non posset disponendo, obtineret enunciando. Quoties persona actum facere non prohibetur, pro actus validitate præsumitur. At si agatur de persona prohibita, regula, & præsumptio est pro actus nullitate, nisi aliundè probetur ritè, solemniter, & lege non obsistente actum, contractum vel fuisse. Cum pupillus contrahere, & se obligare prohibeatur, prohibeatur vendere, & alienare, cessabit sine dubio præsumptio validitatis actus, cum vr-
11 geat in contrarium legis authoritas, & prohibitio. Neque aliter emptor obtinere poterit, quam si probauerit & tutore authore, & lege non prohibente emisse *d. l. quæcunque §. fin. ff. de publ. in rem. act.* Hac ratione quia in potestate domini non est seruum arrogare, sed ad id Imperatoris requiritur authoritas *Inst. tit. de Adopt. in princ.* & si ipse actis interuenientibus seruum filium suum nominauerit, non tamen ius filij eidem tribuere, nec probare potest illa confessio *§. fin. eod. tit.* Hinc est non præsumi pro actore à tutore dato, sed cauere illum oportere *l. actor ff. rem rat. haber.* quia scilicet in tutoris potestate non est actorem constituere, sed id tutor duntaxat potest ex iustis quibusdam causis *§. fin. Instit. tit. de Curat.*

Ad l. si quis filio 32. in princ. ff. de leg. 1. Explicatur l. si cui 52. §. 1. ff. eod. tit. Cap. XVIII.

SVMMARIVM.

PReponitur facti species, & decisio Vlpiani in l. si quis à filio n. 1.

Aduersus Vlpiani decisionē dubitatur. n. 2.

Refertur responsio Glossæ & Doctorum n. 3. reijcitur n. 4.

Author difficultatem resoluit n. 5.

Testator legata à pupillo sub conditione repetens à substituto pupillari, intelligitur purè, & sine conditione repetere n. 6.

Refertur ratio, quam huius rei afferunt Doctores. n. 7. Reijcitur. n. 8.

Legatum intelligitur translatum cum suis qualitatibus. n. 9.

Auctor ipse rationem affert, cur repetitis legatis a substituto pupillari non intelligantur conditiones repetitę. n. 10.

1 QVidam † paterfamilias filium suum impuberem hęredem instituit, & plura ab eo legata dedit, inter cætera verò iussit eum, vt cum in tutelam suam venisset pecuniam quamdam daret: filio pupillariter substituit, & à substituto legata repetijt. Filius impubes decessit. Quæsitum est an substitutus legatum illud pecuniæ deberet. Et Vlpianus I. C. *in d. l. si quis à filio in princ.* ex Sextij, & Pomponij Sententia respondet cum distinctione. Vel enim testator à substituto repetit legata, vt ijsdem diebus dentur, & substitutus legatum non debebit. Vel simpliciter repetit, & purè intelligentur legata repetita, vt purè à substituto debeantur: itaque & dictum legatum pecunię debebitur. Maximè quia non est credendum eam conditionem repetitam, quæ inutile legatum efficeret *l. seruo alieno. §. si ab impubere. ff. de leg.* 1.

2 De † qua tamen Vlpiani decisione non sine ratione dubitari potest. Nam in primis falsum videri potest quod respondetur testatore repetente à substituto legata expresse ijsdem diebus prętanda, legatum pecuniæ, quod à pupillo datum erat, cum in suam tutelam venisset, à substituto non deberi. Si enim non debetur, certè non alia ratione, nisi quia impossibile est illud præstari, cum enim relictum sit à filio cum in tutelam suam venerit, & substitutus non possit admitti, nisi si pupillus in pupillari ætate decedat. Vtique si ijsdem diebus legatum pecuniæ præstare substitutum oportebit quibus debuit pupillus; quoniam pupillus non debuit, quia in suam tutelam non venit, nec debebit substitutus, cum impossibile sit in suam tutelam peruenire eum, qui impubes decessit. Cum ergò testator eosdem dies repetendo impossibilem expresserit conditionem, illa erit detrahenda, & habenda pro non apposita, vt valeat legatum, & à substituto cum effectu debeatur. Nam satis certum est in vltimis voluntatibus receptum esse, vt impossibiles conditiones detrahantur, & pro non adiectis habeantur, *l. obtinuit ff. de cond. & dem.* Quod eò magis erit dicendum, quia testator eosdem dies exprimendo censendus est velle ijsdem diebus à substituto prestari, quibus præstare debuisset pupillus, si vixisset *argumento l. cum pater §. ab initiunta l. vxori vsumfructum villę 35. ff. de vsuf. leg. l. cum hæres §. seruire ff. de statu lib.*

3 Glossa † *ad d. l. si quis à filio in princ.* & communiter Doctores respondent in casu d. l. inesse nugationem quamdam. Nam testator non vocat substitutum, nisi in casum quo pupillus ad pubertatem non perueniat. Ergò numquam fieri poterit, vt legatum pecuniæ à substituto debeatur, quod ità demum prętari debet, si pupillus perueniat ad pubertatem; cum imò si hæc conditio impleretur, ipse substitutus non admitteretur, nec esset vocatus, vt dicitur *in*
4 *l. fin. ff. de fidecom. libert.* Verum † responsio ista nullo modo difficultatem tollit. Nam omnis conditio impossibilis nugationem continet, & efficit præstari legatum non posse, quod non aliter præstandum est, quam si illa impleatur, impleri autem illa non potest.

Ergò

Ergò qua ratione conditio quęuis impossibilis detrahitur, eadem & hæc nugatio detrahenda est, quæ nihil aliud est quam conditio impossibilis. Quamuis enim possibile sit filium ad pubertatem peruenire, tamen quo casu testator vocat substitutum, iam est impossibile: & sicuti detrahitur conditio, quę ab initio, tempore testamenti possibilis est si impossibilis fiat viuente testatore *l. qua sub conditione §. mortuo ff. de cond. instit. l. mulcta. §. 1. ff. de cond. & dem.* Ità & multò magis hæc est detrahenda, quę ex ipsa testatoris dispositione impossibilis ęst. Nec defenditur expositio communis à Iasone *ad h. l. si quis à filio in princ. n. 4.* qui contendit in casu huius legis perplexitatem adesse, vt ex eius sententia dici posit, sicuti perplexitatem continens conditio non detrahitur *l. si Titius 16. ff. de cond. instit.* ità nec istam expressionem eorumdem dierum detrahendam. Nam nulla est perplexitas in casu nostro, quæ cessat detracta mentione eorumdem dierum, sicuti cessat in qualibet dispositione facta sub impossibili conditione, conditione ipsa detracta. Nec quid simile est quod habetur *in d. l. si Titius* Nam ibi conditio duobus apposita, si quoad vnum detrahatur, quoad alterum non est impossibilis, ergo expectanda. Cum verò ambo in eadem causa sint, non est cur potius quoad vnum conditio detrahatur, quam quoad alterum: ergò nè magis vni, quam alteri lex faueat, vel faciat iniuriam conditionem nullam detrahit. Hac ratione in simili contingit, vt qui semel tantum alicui legatum, & vni tantum pręstare deberet, nè magis vni, quam alteri faueat, & vnum admittendo, alterum excludat, debeat ambobus *l. quod si quis 76. ff. de leg. 1. iuncta l. vt hæredibus §. 1. l. qui duos. 13. ff. de leg. 2. iuxta expositionem glossę ad d. l. quod si quis* Hinc est vitiari dispositiones *in l. duo sunt Titij ff. de test. tutel. l. si fuerit ff. de rebus dubijs l. si quis 28. cod. tit. cum similibus.* At nulla talis perplexitas in casu nostro. Sola repetitio eorumdem dierum efficit legatum pręstari non posse, sola illa repetitio impossibilem conditionem continet, ergo si illa detrahatur (saltem quatenus ad hoc legatum pecuniæ pertinet) legatum præstabitur. Nulla autem ratio est cur detrahi non possit potius ista mentio dierum eorumdem, quam alia quęlibet conditio.

5 Existimò † resolutionem grauissimę huius difficultatis desumēdam ex his quę diximus *Interpret. iur. cap. 23. n. 21. & sequent. lib. 1.* Nempè conditiones impossibiles, & ineptas detrahi ad voluntates testatoris retinendas, & roborandas, non vt contra voluntatem eiusdem fiat. Si enim quæ conditio data opera apposita sit, vt vitiet dispositionem, ea non est detrahenda, vt ibidem probauimus. In proposito testator qui à pupillo legata dedit, & eadem à substituto repetijt, sed expresse ijsdem diebus præstanda, eo animo fuit, & eo consilio id expressit, vt ostenderet nolle se à substituto rursus legare, vt ab ipso substituto legata deberentur, sed duntaxat vt moneret substitutum implere quę fuerant mandata, & ad quæ futurus est obligatus tamquam pupilli hæres. Frequenter enim solent testatores iubere suos hæredes ea pręstare etiam quæ ipsi testatores debent, & frequenter etiam solent repetere, quæ semel legarunt, *l. planè §. si eadem §. sed si non corpus ff. de leg. 1.* non vt sępius pręstentur legata, sed vt magis voluntatem suam ostendant: Aliud enim est repetere legata, aliud rursus legare *l. quingenta ff. de probat.* Planè quia alia est persona pupilli, alia substituti, repetendo à substituto posset videri testator rursus ab eo legare: ideò si exprimat se ijsdem diebus legata pręstari à substituto velle, id ità facit, vt ostendat se non rursus legare velle à substituto, sed duntaxat legata simpliciter repetere, vt ità pręstentur, proue à pupillo præstari debuerant. Cum ergò ex ista expressa eorumdem dierum mentione detegatur consilium testatoris legare nolentis, non est cur detrahamus mentionem illam. Nam toties detrahitur impossibilis conditio, quoties sub impossibili conditione legatum est. At in casu nostro nullum legatum à substitu-

stituto datum est, ergò nulla ratio est, cur detrahatur conditio ad sustinendum, cum legatum nullum sit, & imò quod contra voluntatem testatoris induceretur, si ea conditio detraheretur. Quod quidem eò magis dicendum est, quia in casu in nostro contextu proposito non solùm hoc legatum pecuniæ datum fuerat à pupillo, sed & alia, vt constat non solum ex eo quod formula ipsa repetendi legata non de vno, sed de pluribus est concepta, sed & quia in fine contextus dicitur, simpliciter repetitione facta intelligi legata purè repetita, & duntaxat demonstrata; inde infertur & hoc ipsum legatum de quo quæritur præsens deberi. Cum ergò plura legata testator dedisset à pupillo, quę volebat si forte pręstita non essent, uberè substitutum, vt præstaret, sed ex persona pupilli, non sua (neque enim volebat à substituto rursus legare) ea ità repetijt, vt ijsdem diebus pręstarentur, & licèt legatum pecunię à substituto non posset pręstari, tamen ex illis verbis maximè testator ostendit nolle se hoc legatum præstare, sed ea duntaxat, quæ à pupillo debita essent, & quæ ex persona pupilli substitutus posset debere, propter quæ repetitionem illam fecit, quæ ideo non fuit inutilis, prout inutilis videri posset si testator solum legatum pecuniæ dedisset à pupillo cum in suam tutelam venisset, deinde illud repetijsset à substituto sub eadem conditione. Hoc enim casu nè inepta ridicula, & inutilis esset testatoris repetitio, tentari fortè posset detrahendam conditionem esse.

Non obstat quod dicebamus intelligẽdum testatorem voluisse diem repetere, non conditionem. Nam cum, vt explicauimus, ex illis verbis ostenderit se nolle à substituto rursus legare, legatum ab eo deberi non potest, quod ex persona pupilli tamquam hæres ipsius non debeat. Præterea dies iste de quo agimus conditionem continet, nec vnquam venire potest nisi existente conditione *l. si Titio in princ. ff. quando dies leg. ced.* (Et probatur *ex l. fideicommissaria 23. §. pen. de fideicom. libert.* vbi iure speciali dicitur inductum, vt conditionalis non sit libertas ad tempus ætatis heredis data, sed duntaxat in diem, quod in legatis, & fideicommissis dicitur non procedere) iisdem enim diebus dare iussus est substitutus, quibus ipse pupillus debebat, vel fuisset debiturus. Filius legatum pecunię his diebus debebat, vel (vt melius loquar) debiturus erat, cum ad pubertatem peruenisset. At nulli vnquam dies venient, quibus pubes sit effectus ille, qui ante pubertatem decessit, igitur nunquam pręstare legatum substitutus tenebitur. Si quibus autem casibus dies expectabitur, id ità fiet, quia dies non inducendæ obligationis, sed solutionis differendę causa erit appositus, *vt in l. ex his C. quando dies l. g. ced. l. firmio. §. cum ab heredibus ff. eod.* vel quia si conditionem dies admixtam habuit, ea cum die impletur *vt in l. cum pater §. ab instituto ff. de leg. 2.* vel antea etiam pro impleta habetur, *vt in d. l. vxori 35. ff. de vsufr. leg. l. cum heres §. seruire ff. de statulib.*

6 Alterum † membrum distinctionis, quod habetur in l. nostra illud jest, vt si testator simpliciter legata à substituto repetierit, putà his verbis. *Quæ à filio meo legaui heres meus dato* intelligantur purè repetita, itàut quę sub conditione à pupillo erant relicta, non sub eadem conditione debeantur à substituto, sed imò ab ipso debeantur purè. Concordat textus *in l. si cui 52. §. 10. ff. de leg. 1.* vbi testator legauit sub conditione à filio impubere, cui pupillariter substituit, & à substituto legata repetijt. Impubes postquam hæres extitit pendente conditione decessit. Dicitur ex eo quod testator purè repetijt legata à substituto videri voluisse, vt si pendente conditione pupillus decederet statìm à substituto legata præstarentur. Ratio-

7 nem † huius decisionis Doctores communiter desumunt ex eo, quia testator legata expressè repetijt, vnde cũ conditionẽ non repetierit, intelligendus est voluisse à substituto purè pręstari. Distinguũt igitur inter tacitam, & expressam repetitionem. Si tacita sit repetitio *ex l. licet ff. de leg. 1.* dicunt repetitionem intelligi cum eisdem qualitatibus, & eisdem

condi-

conditionibus *l. cum pater. §. ab institu-to ff. de leg. 2.* Quod si fit expressa dicunt non intelligi repetitas conditiones, sed censeri purè à substituto legatum, maximè si ea conditio esset, quæ, inutile legatum constitueret. *l. seruo alieno 113. §. 10*
8 *si ab impub. re ff. de leg. 1.* Sed † nullam reddunt Doctores rationem differentię inter expressam, & tacitam repetitionem, inter quas sine dubio non videtur interesse, nam & tacita illa repetitio fit ex voluntate pręsumpta testatoris. *l. licet ff. de leg. 1.* & tamen ex ea legata intelliguntur repetita cum suis
9 conditionibus & qualitatibus, Et † sicuti legatum quod transfertur expressè, intelligitur cum suis qualitatibus translatū *l. legatum sub cōditione ff. de adim. leg. l. legatū sub cōditione ff. de cond. & demōst. ga-io 13. in princ. ff. de Alim. leg.* quamuis de diuersis personis agatur, erga quas diuersimodè affectus potest esse testator. Ita & multò magis intelligi debet repeti cum suis conditionibus, & qualitatibus, si agatur de legato quod vni datum ab vno hærede, ab alio eidem dandum repetitur, cu ndemper idem fit legatarius. Falsum autem id esse quod asserunt DD. de expressa ista repetitione conuincitur *ex l. fin. ff. de fideicom. libert.* vbi dicitur institutis posthumis ex semisse, & Gaio Seio ex alio semisse, & rogatis hæredibus, vt cum liberi peruenirent ad pubertatem quosdam seruos manumitterent, & si posthumi non nascerentur, siue in pupillari ætate decederent substitutis Mutio, & Meuio iusserit testator legata prestari. Indè etiam in Codicillis cauerit, vt quæ legata essent in testamento, & quæ in codicillis tàm à primis, quàm à secundis heredibus præstarentur. Non intelligitur quidem repetita conditio libertati adiecta, quia non potest videri testator eam conditionem repetere, quæ si esset impleta substituti pupillares non possent admitti, qui tamen & ipsi grauantur ea præstare, quæ testator cauit. Sed si alia fuisset conditio esset expectanda. Ergò quamuis de expressa agatur repetitione, tamen intelliguntur repetitę libertates à substituto cum eadem conditione, ergò multò magis legata. Cui quidem contextui frustra post Bart. nituntur Doctores respondere *ad d. l. si cui §. 1. ff. de leg. 1.* prout facile mihi esset eorum responsiones reijcere, si inutile id non arbitrarer.

Ego † existimo nullam constituendam esse differentiam inter tacitam, & expressam legatorum repetitionem, sed inter substitutos à quibus repetuntur legata. Nam si agatur de substituto vulgari, siuè expressa, siuè tacita fuerit repetitio intelliguntur legata cum suis qualitatibus repetita *d. l. cum pater §. ab institute ff. de leg. 2.* & in his terminis procedit textus *in l. fin. ff. de fideicom. libertat.* nempe quia ponuntur ibi liberi non nati, & substituti admittuntur ex vulgari substitutione. Si verò agatur de substituto pupillari, conditiones non intelliguntur repetitæ, sed si pupillus pendente conditione decesserit, substitutus ex sola substitutione legatum debebit; vt dicitur *in l. si fundum 81. in fi. pertersam. ff. de leg. 1.* Ratio autem est, quia repetitio, quæ fit siuè ex tacita, siuè ex voluntate testatoris expressa à substituto vulgari, vtilis est, & id operatur, vt substitutus legatis adstringatur, qui alioquì non esset obligatus. Cum itaque ex repetitione legatorum ostendat testator velle se ad legata obligare substitutum, & id ex ea repetitione obtineat, quamuis intelligantur eędem conditiones repetitę, sine dubio vnà cum legato conditiones intelligi debent repetitę ex voluntate testatoris, qui non alia legata voluit constituere, sed duntaxat ab instituto relicta repetere, & ideò cum omnibus suis qualitatibus; alioquì non eadem legata, sed alia essent. At verò si testator data à pupillo repetat à substituto pupillari, ostendit velle se onerare substitutum, & legata ex substitutione deberi. Si eędem conditiones censeantur repetitę, id non obtinet quod vult, quia legata existente conditione substitutus non ex sua persona, sed ex persona pupilli, tamquam eius hæres debebit; quamuis enim pupillus ante impletam conditionem decesserit, tamen cum hęres extitit, statim est conditionaliter obligatus quandocumque existente conditione legatum prestare, quam

quam obligationẽ ad heredes suos transmittit *l. legato sub conditione 65. ff. de cond. & dem.* Itaque frustrà erit repetitum legatum à substituto pupillari *l. seruo àite. no 113. § sed si pater. ff. de leg. 1. & intelligitur ex d. l. si fundum 81. §. si paterfam. ff. eod.* Ne ergò frustrà, & aduersus voluntatem fiat testatoris, legatis à substituto repetitis, quæ sub conditione data erant à pupillo, non intelligetur repetita conditio, sed intelligetur ipse substitutus grauatus purè illa legata dare, si pendente conditione pupillus decesserit, & ità substitutus ex sua persona, & ex substitutione sola debebit *d. l. si fundum § si paterfam. ff. de leg. 1.*

Ad l. Stichum, aut Pamphilum 95. §. vsumfructum ff. de solut. Ostenditur Sententiam Papiniani non eam esse, quam communiter existimant Doctores. Cap. XIX.

SVMMARIVM.

Textum in princ. non malè explicat Cuiacius n. 1.

Falsum est, quod conditionis implenda causa pupillo, vel furioso soluendum est, ità demùm rectè tutori vel Curatori solui si pecunia in rem pupi.li vel furiosi versa sit n. 2.

Obligationes inuenta sunt, vt vnusquisque acquirat quod sua interest. n. 3.

Adiectus solutionis gratia quodammodo procurator est. n. 4.

Sibi imputare debet, qui pupillo mandauit solui. n. 5.

Pupillus si sit adiectus solutionis gratia, rectè ei debitor soluit sine tutoris interuentu n. 6.

Conditio dandi facti est, & in forma specifica implenda est. n. 7.

Soluendum pupillo, vel furioso conditionis implendę causa, non rectè soluitur nisi tutore vel Curatore interueniente. n. 8. & n. 20.

In conditionibus primum locum tenet voluntas testatoris n. 9.

In contractibus alteri consulere non possumus disponendo, & paciscendo, sed possumus indirectè in conditione ponendo. n. 10.

Potest is qui accipit conditionis implendę causa fideicommisso onerare. n. 11.

Fideicommissum ab his duntaxat potest relinqui, quibus aliquid datur, vel non adimitur. n. 12.

Pupillo adiecto ità demùm Tutori rectè soluitur, si pecunia in rem pupilli versa sit n. 13.

Nihil interest per nosmet ipsos, an per alios quid accipiamus n. 14.

Quod alius dat nostro nomine, nos dare videmur. n. 15.

Cum eo contrahi videtur in cuius rem pecunia vertitur. n. 16.

Si soluendum sit pupillo conditionis implendę causa, impleta intelligitur conditio, si pecuniam tutor sibi oblatam accipere recusset. n. 17.

Conditio impleta intelligitur, si quò minus impleatur per eum stat, in cuius persona est implenda. n. 18.

Constituenda est differentia inter id quod pupillo, vel furioso conditionis implenda causa soluitur, & id quod soluendum est conditionis implenda causa Patri, vel filio, Domino, vel seruo. n. 19.

Conditio dandi seruo, vel Domino, Patri, vel filio precisè implenda in persona nominata. n. 21.

Qui seruo dari vult, vel quid in seruum confert, non semper contemplatione domini id facit, nec vt domino consulat, sed sæpius vt ipsi seruo. n. 22.

Quę facti sunt non transeunt à filio in Patrem. n. 23.

Declaratur contextus in d. §. vsumfructū. n. 24.

Sicuti qui mandat solui, ipse soluere videtur, ita qui mandat accipi, ipse accipere videtur. n. 25.

1 Textum † *in d. l. Stichum aut Pamphilum §. vsumfructum* in eo non malè explicat Doctissimus Cuiacius ad Papin. quod existimat, cum fuerit quis vsum fructum sibi, aut Titio stipulatus, etiam Titio capite minuto solui posse, dummodo scilicet tempore stipulationis capite fuerit minutus, quo modo textum intelligendum contendit, non vt capitis diminutio post stipulationem superuenerit. Idque etiam probat ex verbis sequentibus textus. Quamuis

uis enim expositio Cuiacij reprobetur à Fabro *lib. 3. coniect. cap. 10.* tamen tacetur ipse Faber ab Africano Papinianum dissensisse, quod asserendum non est. Nec melior nobis nunc occurrit interpretatio. Iterum placet & mihi quod monet Cuiacius verba illa sequentia *Nam si furiosi vel pupilli &c.* non ità accipienda, quasi rationis loco subijciantur, sed imò vt inde alia, & diuersa inchoetur oratio, non enim semper dictio *nam* est subiunctiua, sed
2 & sępius inchoatiua. Caeterum † in eo non placet quod cum omnibus communiter Doctoribus sensum Papiniani in eo §. eum fuisse arbitratur, vt sicuti adiecto pupillo solutionis gratia, vel furioso, non rectè tutori, vel curatori soluitur, nisi pecunia in rem pupilli vel furiosi versa sit: ità pari ratione non rectè conditionis implendę causa tutori, vel curatori solutum intelligatur, nisi similiter pecunia in rem pupilli, vel furiosi versa fuerit.

Mihi enim videtur separanda adiectio solutionis causa, ab eo quod conditionis implendę causa pupillo, vel furioso datur, vel relinquitur. Sicuti & separanda ea sunt, & diuersa omninò causa est constituenda eorum, quae conditionis implendae causa soluenda sunt seruo vel domino, Patri, vel filio, & quae pupillo, vel furioso danda sunt.

Nam quantum attinet ad primum. Nihil commune est, (si attentiùs inspiciamus) inter adiectionem solutionis gratia, & id quod implendae conditionis causa solui mandatur pupillo, vel furioso. Nam adiectio solutionis gratia merum factum continet, non sic datio conditionis implendae causa. Merum factum continet adiectio solutionis gratia, videlicet, vt pupillo pecunia soluatur: non etiam vt ità soluatur, vt apud eum salua sit, & vt eidem pupillo consulatur.
3 Nam † obligationes (idest contractus) inuentę sunt, vt vnusquisque acquirat, quod sua interest. Sibi ergò quis non alij contrahendo, & disponendo consulere potest, & debet *l. stipulatio ista 38. §. alteri ff. de verb. oblig.* Non potest igitur quis stipulando pupillo solui, efficere, vt obligatus sit promissor curare, vt pupillo salua sit pecunia, quae soluitur. Sicuti enim solius sui commodi causa potuit stipulator eam legem apponere,
4 vt solueretur pupillo, qui † veluti procurator ad solutionem recipiendam constitutus est, vt intelligi potest *ex l. vero §. interdum ff. de solut.* vbi cum de procuratoribus agitur inseritur sermo de adiecto, quasi is procurator quidem non
5 sit, sed procuratoris vice fungatur. Ità † sibi imputare debet, si pecunia salua non sit, pupillo iuxtà legem contractus soluta *argumento l. cum mandato ff. de usur. l. sed & si quis § fin. l. sequent. ff. de Instit. act.* Sibi enim meliùs consulere poterat alium adijciendo. Quod si pupillo voluit consulere, non potuit: obligatus enim fuit stipulator promissor, non pupillo, nec pupillo ex ea stipulatione, etiam si maximè voluisset, potuisset obli-
6 gari. Cum † itaque expressa sit persona pupilli, & solutionis gratia adiecta, implet quod debet promissor si pupillo soluat, & quidem ipsi soli sine interuentu tutoris *l. si stipulatus 11. ff. de solut.* Secùs omninò est in eo, quod conditionis implendae causa pupillo vel fu-
7 rioso soluendum est. Quamuis † enim & hęc conditio factum continere videatur, & in forma specifica sit implenda *ex l. qui heredi 44. ff. de cond. & dem.* vt videatur dicendum non aliter impleri, quam si pupillo ipsi soluatur, vel furioso, maximè *ex l. Meuius 55. ff. de cond. & dem.* (neque enim interest, cum agitur de implenda conditione, an vtiliter, & cum ef-
8 fectu soluatur, vel non) Tamen † imò non aliter impletur, quam si tutori vel curatori soluatur *l. si fundus 13. ff. de cond. & dem. l. si seruus decem. 68. ff. de solut.* Ratio † autem est, quia in conditionibus primum locum voluntas testatoris obtinet, eaque regit conditiones *l. in conditionibus 19. ff. de cond. & dem.* At testator, qui iubet conditionis implendę causa pupillo solui vel furioso, vult, & potest ipsi pupillo, ipsi furioso consulere, vult solui cum effectu, & rectè solui. Non autem rectè

solutum est, nisi tutori, vel curatori fuerit solutum *l. seruus decem. 68. ff. de solut.* Ergò non aliter satisfactum est voluntati defuncti, quam si tutori, vel
10 curatori solutum sit. Vndè † rursus constituenda est differentia inter conditionem, & ea quæ in conditione ponuntur, & dispositionem. Si de dispositione agatur, in contractibus alij solui stipulando, eidem consulere non possumus, possemus tamen in conditione ponendo. Plurimum ergò interesset, vtrum pupillo dari quis esset stipulatus, aut si pupillo datum non esset sibi dari stipulatus fuisset. Primo casu nulla stipulatio esset. At verò secundo casu vtilis esset, & non aliter posset promissor efficere, nè stipulatori esset obligatus, quàm si pupillo soluisset, & quidem non ipsi pupillo cui consulium stipulator voluit, sed eius tutori; alioqui si soli pupillo sine interuentu Tutoris soluisset, impleta esset stipulationis conditio, cum ex stipulatoris Sententia non aliter dici possit pupillo solutum, quàm si rectè, & cum tutoris authoritate sit solutum: in conditionibus autem voluntas inspicienda eorum, qui conditionem apposuerunt. Quod igitur in contractibus disponendo non possumus, possumus in conditione ponendo, vt probari hęc omnia possunt *ex d. l. stipulatio ista 38. §. alteri ff. de verb. oblig.* Si ergò & in contractibus, Alijs consulere possumus in conditione ponendo, multò magis in vltimis voluntatibus, in quibus etiam id,
11 disponendo, possumus. Vndè † est posse nos ab his, qui conditionis implendę causa ex voluntate nostra accipiunt, fideicommissum relinquere *l. quidam 96.*
12 *§. fin ff. de leg. 1.* Licèt † fideicommissum non nisi ab his relinquere possimus, quibus aliquid dedimus, vel non ademimus *l. 1. §. sciendum ff. de leg. 3. iuncta l. ab eo C. de fideicomm.* Ergò pupillo adiecto soluere debemus, non alij, quia cum dispositiuè Pupillus sit adiectus, merum factum in hac dispositione vertitur. At si Pupillo conditionis implendę causa sit soluendum, non merum factum in conditione inest, sed cum vtiliter ex voluntate defuncti soluendum sit, opus est ità implere conditionem, vt voluit testator, & consequenter Tutori soluere, non Pupillo.

Rursus alia differentia constituenda est inter adiectionem solutionis gratia, & id quod Pupillo, vel furioso conditionis implendę causa soluendum est.
13 Cum † enim, vt diximus, in facto consistat solutio adiecto facienda; si quis fortè alteri soluat quàm pupillo adiecto, si soluat tutori non liberatur, nisi si pecunia in rem pupilli versa sit: nempè quia omninò pupillo soluendum est, non Tutori. Cæterum si pecunia Tutori soluta in rem pupilli versa sit, ea de facto peruenit ad Pupillum, & ità in
14 effectu Pupillo est soluta. Neque † enim interest an per nosmetipsos, an per alios quid accipiamus *l. 2. ff. de calumn. l. mortuo §. fin ff. de statu lib.*
15 Nàm † & perindè est ac si nos daremus, si alius nostro nomine det *l. Arethusa 15. ff. de statu hom. l. fin. ff. de cond. instit.* In proposito verò Tutor Pupillo dedisse videtur, dum pecuniam sibi solutam in rem pupilli vertit; & ità perindè est, ac si ab eo, qui adiecto Pupillo soluere potuit, solu-
16 ta pecunia esset. Accepisse † enim Pupillus de facto intelligitur, in cuius rem versum est, & quidem magis accepisse videtur, quàm Tutor *l. 1. ff. de in rem vers §. fin. Inst. Tit quod cum eo, qui in ali n. pot. est negoc. gest. esse dicitur.* Qua ratione in hoc §. quem explicamus, licet meri facti sit conditio illa Domino dandi; tamen rectè impletur, si seruo detur; vt Domino det; dum enim seruus nostro nomine Domino dat, perindè est ac si nos daremus. At verò si agatur de eo quod Pupillo, vel furiosò conditionis implendę causa dandum est, cum hæc datio nō meri facti sit, sed in hac conditione implenda inspicienda sit mens testatoris, & disponentis; sat est si menti disponentis sit satisfactum, quamuis pecunia in rem pupilli, vel furiosi uersa non sit. Mens disponentis in proposita conditione implenda, vt indicauimus ea est, vt pecunia rectè soluatur, & sic vt soluatur Tutori, vel Curatori. Statim ergo satisfecit

fecit legatarius, vel alius quilibet, qui Tutori, vel Curatori soluit. Nam quamuis Tutor, vel Curator eam pecuniam perderet, tamen impleta semel conditio non deficeret; non solùm quia Pupillus, vel furiosus tutorem, vel Curatorem habet eo nomine obligatum, verùm etiam, quia factum tutoris, & curatoris non potest nocere ei, qui conditionem debuit implere, qui quidem fecit quod potuit, & quod debuit iuxtà voluntatem disponen-
17 tis. Adeò vt † si fortè tutor, vel Curator recusaret eam pecuniam accipere, impleta tamen intelligeretur conditio *l. qui filium 22. ff. de manumiss. testam l. cum Pupillus 78 ff. de cond. & dem. l. Titia cum testamento 34. § si ea conditione ff. de leg. 2.* Paruit enim conditioni; & disponenti, qui pecuniam obtulit, & dare
18 voluit, quod † sufficit vt pro impleta habeatur conditio *l. iure ciuili ff. de cond. & dem.* Neque enim factum alienum exigit qui conditionem potest a tuam apponit, sed id vult, vt suę voluntati pareat is, cui conditio apposita est, qui sat est, si quantum in se est conditionem impleat, quamuis ex facto alieno effectum non habeat. Neque quid est diuersum in eo, qui adiecto soluere potuit. Nam ideò in isto requiritur pecuniam in rem Pupilli versam esse, quia is non fecit, quod facere debuit, nec soluit ei, cui debuit, sed alij. Vt ergò Pupillo soluisse videatur, & sic fecisse quod debuit, necessarium est pecuniam in rem Pupilli verti: ità enim pecunia Pupillo data videtur, vt diximus. Quod si soluisset ei cui debuit, nempè ipsi pupillo, quamuis Pupillus perdidisset, nec in rem eius pecunia versa esset, fuisset liberatus.

19 Secundo † loco animaduertendum est, vt ab initio dicebamus, multum interesse, vtrum conditionis implendę causa dandum sit furioso, vel pupillo, an verò dandum sit Domino, vel seruo, Pa-
20 tri, vel filio Primo † casu non aliter impletur conditio, quàm si Tutori, vel curatori detur, vel his saltèm interuenientibus, vt dictum est. Ratio autem est, quia qui voluit dari pupillo, vel furioso voluit eis consulere, & ità voluit legittimè istis dari *l. seruus decem 68. ff. de solut.* Legittimè autem istis non datur, nisi cum Tutoris, vel curatoris interuentu, quia datio, & solutio principaliter Pupillo, vel furioso facienda est, non autem Pupillo vicem alienam gerenti soluendum est, prout quando adiectus est. Cum igitur in conditionibus voluntas apponentis sit attendenda, qui pupillo voluit prospicere, vel furioso, non aliter conditio impleta est, quàm si Tutori, vel Curatori pe-
21 cunia sit data. At † quando conditio illa apposita est, vt soluatur Patri, vel Domino, seruo, vel filio, ex voluntate Testatoris precisè ei soluendum est, qui nominatus est *l. qui heredi ff. de cōd. & dem.* Ratio est, quia hoc casu si alij soluatur, non impletur voluntas disponentis, & conditionem apponentis; Cum enim ex voluntate eius Domino sit soluendum, non satisfacit, qui soluit seruo. Ad hoc enim vt Domino soluatur legittimè, non opus est seruo soluere. Imò si domino voluit qui conditionem apposuit, consulere, numquam tutior esse ipsa solutio potest, quàm si Domino fiat, cum alioqui seruus pecuniam ipsam perdere possit. Quod si è contra voluit quis solui, & dari seruo, non est dandum Domino, qui enim seruum nominauit, & expressit, seruo ipsi non domino voluit consulere, si enim Domino voluisset solui, ipsius personam expressisset. Quam-
22 uis † enim seruus Domino acquirat & in eodem statu maneat, tamen non semper necesse est voluerit domino consulere, qui seruo dari iussit: Alioquì non tam sępè distingueretur, cuius contemplatione quid datum esset seruo, an contemplatione domini, an eiusdem met serui, prout distinguitur *in l. serui 21. & sequent ff. de vsufr. l. Iulianus 5. si quid seruo 18. ff. de Action. empt l. cum autem § fin ff. de ędil. edict. l. sed si plures 10. §. in adrogato ff. de vulg. & pupil. l. aditio. §. fin. ff. de Acquir. hered.* Si igitur seruo solui quis voluit non eius voluntati satisfacit, qui soluit domino, cum imò non melius, & tutius soluere possit seruo, quàm si ipsi eidem pecuniam det. Quod si det Domino, iam

constat alij dare, & sic conditionem non implere. Idemque dici potest de Patre,
23 & filio, eadem enim ratio est, quæ † namque facti sunt non transeunt à filio in Patrem *l. quod dicitur ff. de verb. oblig.* Est igitur conditio ista Domino dandi, vel seruo meri facti, vt dicitur *in d. l. qui heredi ff. de cond. & dem.* prout & meri facti solutio est, quæ adiecto est facienda. Qua ratione rectè comparantur hęc, & argumentum rectè ab his desumitur ad inuicem, cum tamen non omninò rectè possimus argumentari ab eo quod pupillo soluendum est, vel furioso conditionis implendæ causa, ad id quod Pupillo solutionis gratia adiecto solui debet.

24 His † ità prœmissis constat falsum esse communem sententiam, non aliter videlicet impletam esse conditionem Pupillo dandi, vel furioso, quam si tutori, vel curatori sit datum ità, vt pecunia in rem illorum versa sit. Vt enim supra probauimus, si potest tutor vel Curator recusando solutionem effi ere conditionem impletam esse *d. l. qui filium 22. ff. de manumiss. test. l. cum pupillus 78. ff. de cond. & dem. l. Titia cum testamento 34. §. si ea conditione ff. de leg. 2.* multò magis pecuniam accipiendo, licèt postea illam perdat, nec in rem pupilli, vel furiosi vertat. Neque is sensus fuit Papiniani, quem opinantur Doctores in hoc §. quem explicamus. Verum imò id duntaxat, & asserere, & probare voluit Papinianus in hoc §. pupillo solutionis gratia adiecto, posse solui Tutori, sed ità demùm huic rectè solui, si pecunia in rem pupilli versa sit. Pupillo solutionis gratia adiecto Tutori posse solui asserit Papinianus, & probat argumento eius, quod conditionis implendę causa pupillo, vel furioso soluendum est. Inquit enim. *Nam si furiosi, vel pupilli persona adiecta sit, ita Tutori vel Curatori pecunia rectè dabitur, si conditionis quoque implenda causa rectè pecunia tutori, vel curatori datur.* Argumentum ducit ab eo quod conditionis implendæ causa his personis soluendum est ad solutionem faciendam adiecto, aut tutori, vel Curatori ipsius: quia sicuti facti est solutio facienda adiecto, ità & facti est conditio, quæ vt dici solet in forma specifica implenda est. Si ergò (inquit Papinianus) scire velimus, an adiecto pupillo solutionis gratia solui possit tutori, vel adiecto furioso Curatori. Videamus an soluenda Pupillo, vel furioso conditionis implendæ causa possint solui Tutori, vel Curatori, par enim inter ista ratio esse videtur. Et subjicit Papinianus. *Quod quidem Labeo, & Pegasus putauerunt vtilitatis causa recipiendum.* Quę verba ità ego intelligo, vt referenda sint ad id quod conditionis implendę causa soluendum Pupillo vel furioso erat, & solutum est Tutori, vel Curatori, quod rectè solutum ostendere vult Papinianus. Hoc enim eum docere erat necesse, cum alioqui nihil probasset argumento sub conditione ducto ab eo quod soluitur implendę conditionis causa, nisi ostendisset ex hac causa rectè solui tutori, & curatori. Ostendit verò id authoritate Labeonis, & Pegasi, qui suaserant id recipiendum vtilitatis causa, idest non tàm verbis inspectis, quàm attenta Pupilli, & furiosi vtilitate, quibus etiam is, qui conditionem apposuit, voluit consulere, vt supra explicauimus. Cęterum quia vidit Papinianus non satis rectè argumentum ductum esse ab eo quod Pupillo, vel furioso conditionis implendæ causa est soluendum ad solutionem faciendam pupillo, vel furioso adiecto solutionis gratia, quia hęc meri facti est: in illa verò voluntas conditionem apponentis, & Pupilli, vel furiosi vtilitas est attendenda. Subdit non ità simpliciter procedere comparationem & argumentum. Sed licèt simpliciter tutori, vel curatori solui possit conditionis implendę causa, tamen si agatur de Pupillo, vel furioso adiecto solutionis causa, de quo quęrit Papinianus. *Id ità recipi potest si pecunia in rem vel pupilli, vel furiosi versa est.* Quæ sanè verba omninò sunt referenda ad casum duntaxat, quem proposuit Papinianus, vt decisionem contineant eius, quod obseruandum est pupillo vel furioso adiecto solutionis gratia, nempè vt ità demùm exemplo eius, quod

con-

conditionis implendę gratia soluendum pupillo est, vel furioso, possit tutori, vel Curatori solui, si præterea pecunia in rē pupilli, vel furiosi adiecti versa sit. Suam verò decisionem probat Papinianus ducto argumento ab eo qui iussus est dare Domino. *Quemodo* (inquit) *Si Domino iussus dare seruo dedisset, vt Domino daret*. Nam sicuti iussus dare Domino conditionem impleret, si dedisset seruo, vt Domino daret, & is in rem Domini vertisset, (vt supplendum est) ità & liberatur, & partibus suis satisfacit, qui pupillo adiecto cum dare deberet dedit tutori, qui in rem pupilli pecuniam vertit. Plane si quis vellet, non tàm argumentum dare Papinianum ab eo, qui iussus fuit Domino dare, quàm quod dixerat de adiecto, & ad iussum Domino dare, producere, & extendere, non repugnarem: parum enim refert hoc, vel illo modo Papinianum accipiamus. *Cęterum qui seruo dare iussus est, Domino dando non aliter implesse conditionem intelligendus est, quam si ex voluntate serui dedit*. Recte monet Papinianus, non idem dicendum, si seruo quis dare iussus fuerit, quod dictum erat in eo qui iussus dare fuerat domino; Nam is dando seruo, qui in rem Domini pecuniam vertisset, conditionem impleuit. At verò qui iussus est dare seruo, non potest sperare conditionem impleri in rem serui versa pecunia à Domino, cui ipse dedit. Ergò non aliter iste conditionem implet, quàm si domino det voluntate serui;
25 tunc enim seruo dare videtur; quia † sicuti qui mandat solui, ipse soluere videtur *l. qui mandat ff. de solut.* Ità & qui mandat pecuniam recipi, ipse recipere videtur *l. mortuo. §. fin. ff. de statu lib.*

Versiculus *idem respondendum* qui sequitur nullam habet difficultatem.

Post hæc scripta vidi Anton Fabrum *lib. 17. coniect. cap. 14.* vbi hunc §. diligenter examinat, qui quidem poteris videri, & ex dictis suprà facile erit ad ea, quæ ipse obijcit respondere.

Contrahendi conditio qua ratione in arbitrium debitoris possit conferri ad l. hæc venditio 7. in princ. & l. quod sępè §. 1. ff. de contrah. empt. Cap. XX.

SVMMARIVM.

Conditio, & status obligationis in voluntatem, & arbitrium debitoris conferri non potest. n. 1.

In arbitrium debitoris conferri potest quid debeat, non an debeat n. 2.

Legata, & hæredum institutiones expresè in alienum arbitrium conferri non possunt, secùs tacitè, & verbis voluntate obtecta. n. 3.

Idem in contractibus receptum esse probatur n. 4.

Proponitur dubitatio ex l. hęc venditio ff. de contrah. empt. iuncto §. pen. Inst. de empt. vendit. n. 5.

Refertur solutio Cuiacij, & reprobatur. n. 6.

Difficultas resoluitur. n. 7.

Alia proponitur dubitatio ex l. quod sępè §. 1. ff de contrah. vnd. empt. n. 8.

Refertur communis interpretatio, & reprobatur. n. 9.

Difficultas resoluitur. n. 10.

1 Quamuis † dici soleat non posse conditionem, & statum obligationis in voluntatem, & arbitrium debitoris conferri *l. stipulatio 17 ff. de verb. oblig. l. in vendentis C. de contrah. empt. l. a Titio §. fin. ff. de verb oblig. l. sub hac*
2 *10. ff. de action. & oblig.* cum † ad summum in arbitrio debitoris esse possit quid debeat, non autem an debeat *l. 2. §. non vtique, alias l. 3. ff. de eo quod certo loco*
3 Tamen † sicut in legatis, & hęredum institutionibus receptum est, vt non possint quidem conferri expresè in voluntatem, & arbitrium hæredis, possint tamen si verbis voluntas quomodocumque fuerit obtecta *l. nonnumquam ff. de cond. & dem l. si quis Sempronium*
4 *68. ff. de hæred. instit.* Ità † idem quoque receptum est in contractibus Qua ratione valet stipulatio sub ea conditione con-

ceptą

cepta, si promissor Capitolium non ascenderit, vel intra biennium non ascenderit *l. veluti 27. §. fin. l. quidquid astringendæ §. fin. l. ità stipulatus. 115. §. 1. ff. de verb. oblig.*, & tamen est in potestate debitoris ascendendo inutilem efficere stipulationem. Vndè etiam est non valere quidem stipulationem sub ea conditione conceptam, *si promissor voluerit*, valere tamen si stipulatus quis sit *cum promissor voluerit l. centesimis 46. §. fin. ff. de verb. oblig.* Ratio autem differentię non aliunde petenda, quam ex eo, quia qui stipulatur sub conditione *si promissor voluerit* expressè in ipsius arbitrium, & voluntatem confert, an velit obligari. At qui stipulatur *cum voluerit* tempus videtur in arbitrium debitoris conferre, licèt & consequenter conferat etiam ipsam obligationem. Verbis igitur voluntatem tegit, nec palàm, & expressè obligationem in arbitrium, & voluntatem confert debitoris. Hinc etiam est rectè contrahi emptionem venditionem, si seruus sub ea conditione ematur, vendatur, si emptori placuerit *§ pen. Instit. tit. de empt. vend.* & si vinum ità vendatur, si degustatum placuerit *l. si in emptione 34. §. alia causa est ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Nam his casibus non in meram voluntatem confertur emptoris, an velit emere, sed ex verbis debet necessariò emere, si placuerit seruus, si vinum placuerit. Ergò approbatio morum serui, vini approbatio, non contractus in arbitrium emptoris ex verbis confertur, licèt & consequenter conferatur etiam in ipsius arbitrium contractus ipse, cum possit emptor vinum, vel seruum improbando nolle contrahere.

5 Hęc † cum ità sint, dubitari non sine ratione potest, cur Vlpianus I. C. *in l. hęc venditio 7. ff. de contrah. empt.* vbi ponit à domino seruum venditum sub ea conditione si suo arbitrio rationes computasset, asserat arbitrium esse intelligendum boni viri, non ipsius domini, quia alioquì venditio nulla esset, prout si quis vendidisset sub ea conditione *si voluerit* vel si quis stipulanti promisisset sub ea similiter conditione *si voluerit* non enim debet (inquit Vlpianus) in arbitrium debitoris conferri, an sit obstrictus. Dubitari, inquam, potest ea ratione, quia hoc casu non est in ipsius venditoris arbitrium collatum, an velit vendere, sed duntaxat rationum rationem à seruo reddendam comprobare. Et verò cur valebit ea emptio venditio, si seruus emptori placuerit *d. §. pen. Instit. tit. de empt. vendit.* vel si placuerit vinum degustandum *d. l. si emptione 34. §. alia causa est ff. de contrah. empt. l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* non autem valebit si dominus comprobauerit rationum computationem? Illis casibus ex mera voluntate pendet emptoris seruum, vel vinum comprobare, vel non. Cur & in hoc casu ex mera voluntate domini pendere non potest, an velit rationum computationem, & redditionem approbare, vel improbare; sed ea verba sunt intelligenda de arbitrio boni viri? Licèt hæc modici momenti videan-
6 tur, sunt tamen difficilia. Doctissimus † Iacobus Cuiacius *ad tit. ff. de contrah. empt. in d. l. hęc venditio* reprobatis quibusdam responsionibus *ad d. § pen. Inst. de empt. vendit.* ipse respondet non posse in alienum arbitrium conferri emptionem venditionem, nè perpetuò pendeat obligatio. At hęc ratio cessat adiecto certo die prout obseruatum fuit *in d. §. pen.* Nam cogitur emptor intra certum diem arbitrari, nec vltrà arbitrari potest. Verù vir Doctissimus proprio Marte responsionem hanc sibi confingit: absolutè enim vbiquè dicitur non posse in debitoris arbitrium conferri, an velit obligari, nec ne, vt constat ex suprà relatis iuribus. Et pro non dicto est, quod dare nisi velis, cogi non possis *l. sub hac 8. ff. de act. & oblig.* cogi verò non potest, qui potest, licet intra certum tempus
7 arbitrari. Respondeo † itaque in merum arbitriũ debitoris cõferri non posse non solùm contractum, & obligationem ipsam, verùm nec conditionem obligationis *l. stipulatio 17. ff. de verb. oblig.* At *in §. pen. instit. tit de empt. vendit.* approbatio serui, quæ est conditio emptionis venditionis non confertur in meram voluntatem emptoris, sed in affectionem, in propen-

propensionem ipsius emptoris. Approbatio serui pendet ex moribus serui, ex genio domini. Fieri potest, vt optimus sit seruus, aliqua tamen ratione domino non placeat, potest è contra malus seruus emptori placere. Si verò non placeat emptori, non ideo non contrahit, quia nolit se obligare ad precium,& contrahere, sed quia seruus non placet; voluntas enim contrahendi distincta est ab illa approbatione serui. Fieri potest vt seruus placeat nolit tamen emptor emere; & è contrà fieri potest vt maximè emptor vellet emere, si seruus sibi placeret, non tamen placeat. Ergò alia est conditio si seruus placuerit, alia, si emere voluerit; Et quamuis fieri possit, vt seruus placeat, & tamen emptor emere nolit, idque obtineat asserendo seruum sibi non placere, tamen valet emptio venditio ità contracta, quia ab initio non est expressa voluntas emptoris, nec in voluntatem emptoris collatum est, an vellet emere vel non. Idem dicendum de vino degustando; Nam gustus est in conditione, non mera voluntas contrahendi, nec etiam mera voluntas vinum, vel seruum comprobandi. Hęc enim non à mera voluntate pendent, sed à gustu, & propensione nostra, à moribus, vel voluntatibus conformibus, & similibus. In casu verò *d. l. hęc venditio 7. in princ. ff. de contrah. empt.* non potest arbitrium domini liberum intelligi, quia ità expresśe confertur in ipsius arbitrium, an vellet contrahere vel non, aut saltèm conditio contrahendi expresśe in ipsius voluntatem conferretur, quod fieri non potest: expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent *d. l. nunquam ff. de cond. & dem. l. si quis Sempronium ff. de hered. instit.* Nec procedere potest comparatio casus *d. l. hęc venditio* cum casu *d. §. pen.* Nam in *d. § pen* vt explicauimus, ratio comprobandi, vel improbandi serui diuersa est, vel esse potest à ratione contrahendi vel non, & fieri potest, vt maximè quis vellet contrahere, seruus tamen non placeat. Is ergò non improbat seruum, quia nolit contrahere, sed quia verè non placet. Quod verò non placeat non est quid, quod pendeat ex mera voluntate, sed ex affectione, & propensione nostra. At in illa conditione *si seruus domini arbitrio rationes computasset* nulla cadit affectio. Vel enim seruus ex bona fide rationes reddit, vel non. Si ex bona fide reddat, nulla ratio est, cur dominus computationem illam non probet, Ergò arbitrium intelligi debet boni viri, non quod merum sit arbitrium, ità vt possit dominus, et si ex bona fide rationes sint redditę eam computationem improbare; Nam si ità arbitrium acciperetur; perindè esset ac si vendidisset sub ea conditione *si voluerit* Si enim seruus bona fide rationes reddat, nulla alia ratio considerari potest, cur eam computationem dominus improbet, nisi quia contrahere non vult. Ergò in ipsius arbitrio positum esset contrahere velle vel non. Et voluntas improbandi rationum computationem non esset distincta à voluntate contrahendi, vel non Cum imò non alia ratione vellet quis rationum redditionem comprobare, vel non quàm vt contraheret, vel non contraheret. Vt igitur valeat emptio venditio arbitrium intelligitur boni viri *in d. l. hęc venditio.* Vnde si dominus rationes acceperit, & fingat non accepisse, vel accipere potuerit, & non acceperit, impleta erit conditio, & ex empto venditor poterit conueniri: cum enim arbitrium illud non sit voluntarium, sed necessarium, nisi dominus tamquam vir bonus arbitretur, quasi per eum stet, quo minus conditio impleatur, habetur pro impleta *l. iure ciuili ff. de cond. & dem. l. in executione 83. §. fin. ff. de verbor. oblig.*

8 Sed † dubitari hic rursus potest, cur igitur *in l. quod sæpè 35. §. 1. ff. de contrah. empt.* non valeat emptio venditio si precium rei in arbitrium emptoris conferatur his verbis *quanti velis, quanti æquum putaueris, quanti æstimaueris habebis emptum*, quæ quidem verba arbitrium boni viri important *l. si sic 75. in princ. ff. de leg. 1.* Cur potest conferri in arbitrium Venditoris tamquam boni viri comprobare rationum computationem, non potest autem poni in arbitrio emptoris

tam-

tamquam viri boni pretium rei ſtatuere? Vt interim omittam argumentum ab vltimis voluntatibus; in quibus licèt non poſſit in voluntate hæredis poni, an debeat legatum, poteſt tamen id in eius arbitrium conferri tamquam viri boni *l. fideicommiſſaria § quod ſi ità ff. de fideicom. libert. l. fideicommiſſa 11. §. quamquam autem ff. de leg 3. d. l. ſi ſic ff. de leg 1.*

9 Reſponſio † communis eſt quam afferunt etiam Faber *ad d. l. quod ſæpe §. 1. ff. de contrah empt. in rationalibus*, & Cuiacius *ad d. l. ſtipulatio 17. ff de verb. oblig.* ideò in arbitrium emptoris conferri non poſſe pretium, quoniam illud eſt de ſubſtantia emptionis, itaque oportet ſtatutum, & determinatum eſſe à contrahentibus. Sed ſi pretium eſt de ſubſtantia contractus emptionis venditionis, prout verè eſt, & quæ ſunt de ſubſtantia non poſſunt in alienum arbitrium conferri, non poterit pretium conferri in arbitrium tertij. Hoc tamen eſt falſum *§ ſed & certum Inſt. tit. de empt. vendit.* Præterea etiam res ipſa eſt de ſubſtantia emptionis venditionis, (neque enim poſſumus intelligere venditionem celebrari niſi aliquid ſit quod vendatur. & cuius pretium ſtatuatur) At res in arbitrium emptoris poni poteſt *d. §. pen. Inſt. de emp. vend.* Addi poteſt pretium quod in arbitrium emptoris tamquam boni viri confertur certum eſſe *l. 1. ff. de leg. 2.* quia omninò iuſtum ſtatuendum eſt, alioqui nec emptor tamquam vir bonus

10 æſtimabit. Ego † itaque exiſtimo valere emptionem in caſu *d. l. quod ſæpè §. 1. ff. de contrah empt.*, & in eo textu eo ſenſu dici negocium imperfectum, quod cum in arbitrium emptoris collatum ſit pretium ſtatuere, prius eſt, vt ipſe pretium definiat, quam vt effectum habeat emptio venditio, quaſi ſub conditione contracta, qualis emptio venditio (conditionalis ſcilicèt) non antea perfecta eſt, quàm conditio fuerit impleta, vt dicitur *in d. l. hac venditio 7. in princ. ff. de contrab. empt. facit textus in l. neceſſariò §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. l. 1. in princ. ff. eod. tit.* Planè ſi per emptorem ſtaret, quo minus pretium definiret, vel emptor pretium diceret iniquum, cum iam non ageret tamquam vir bonus, recurſus eſſet habendus ad arbitrium boni viri *l. ſocietatem 75. cum. ll. ſequent. ff pro ſocio l. ſi libertus 30. ff. de operis libert.* Neque enim in hoc caſu ſeruanda eſſet conſtitutio Iuſtiniani *in l. fin C. de contrab empt.* relata à Triboniano *in l. ſi merces 25. in princ. ff. locati* quia repugnaret mens contrahentium, & verba, qui voluerunt emptorem tanquam virum bonum arbitrari; Et præterea quia illud conſtitutum eſt in tertio electo ad pretium arbitrandum. Nos verò verſamur in emptore ipſo, cui conceſſum eſt pretium ex fide bona, & tamquam viro bono ſtatuere. Cur verò Iuſtinianus conſtituerit *in d. l fin.* ſtandum omninò arbitrio illius tertij, probabilem rationem reddit Donellus *in l. ſi quis arbitratu 43. n. 19 ff. de verb. obligat.*

Suo ſe abſtinente Vulgaris ſubſtitutus non admittitur. Ad l. ex contractu 44 ff. de Re iudicata. Cap XXI.

SVMMARIVM.

Communis eſt ſententia ſubſtitutum Suo ſe abſtinente admitti. n 1.

Communis hæc ſententia improbatur n. 2.

Suus, qui ſe abſtinet nudo nomine heres manet. n. 3.

Teſtator tamquam legislator de ſuis rebus diſponit. n. 4.

Si tamen ſecundum leges diſponat. n. 5.

Duo in ſolidum hæredes eſſe non poſſunt. n. 6.

Suus heres exiſtit ignorans, & inuitus. n. 7.

Qui ſemel heres exiſtit nō poteſt deſinere n. 8.

Etiam is qui ſe abſtinuit heres manet. n 9.

Poſt acquiſitam hereditatem expirat vulgaris ſubſtitutio n. 10.

Suo ſe abſtinente bona venduntur, non autem bonorum poſſeſſio alijs defertur. n 11.

Minore ad repudiandum reſtituto ſeruus ſubſtitutus ità demùm neceſſarius exiſtit, ſi ſoluendo hæreditas non ſit. n. 12.

Exceptio in caſibus non exceptis firmat regulam. n. 13.

De reſtituto ad abſtinentem valet argumentum. n. 14.

Bono-

Bonorum possessionē agnitā à proximiore, licet is fuerit ad repudiandum restitutus, tamen ea non amplius defertur sequenti in gradu, licet Prætor successionem induxerit. n. 15.

Abstensionis beneficium liberat filium ab oneribus hæreditarijs n. 16.

Filius qui se abstinuit habetur pro non hærede à Prætore, sed non in omnibus, & per omnia. n. 17.

Tabulę pupillares existentia sui hęredis confirmantur. n. 18

Restitutio concessa à Prætore non totum negotium tollit, & in integrum restituit, sed ei soli prodest, qui restituitur; alij ergò & ipsi sunt restituendi. n. 19.

Reijcitur ratio quædam differentia allata à Fabro. n. 20.

Prætor, bonorum possessionem secundum tabulas his solis concessit, qui iure ciuili ad hæreditatem possent admitti, vel illis, quibus specialiter eam bonorum possessionem pollicetur. n. 21.

Explicatur l. ex contractu ff. de re Iudic. n. 22.

1 COmmunis † Doctorum sententia
est omnium consensu approbata,
quam etiam sequuntur Iacobus
Cuiacius *lib. 12. obser. 20.* & Faber *lib. 3.*
coniect. cap. 4. vulgarem substitutum
etiam suo hærede instituto abstinente
admitti, quam in rem apertissimus exi-
stimatur textus *in l. ex contractu* 44.
ff. de re Iudic. vbi proponitur cum pu-
pilla actum fuisse ex paterno contractu
tutore auctore, eamque condemnatam
esse. Inde cum Tutores abstinuissent
eam bonis paternis, & ità bona defun-
cti ad substitutum, vel cohæredes per-
uenissent. Quęritur an isti ex causa iu-
dicati teneantur. Supponitur igitur ex eo
quod pupilla abstinuerit substitutum ad
hæreditatem admissum, & id tamquam
notissimum ponitur, & indubitabile,
Ergò non est, cur hoc ipsum in quæ-
stionem reuocetur.
2 Ego † verò communem hanc senten-
tiam numquam probare potui, contrà
quàm plurimum me mouit Theophili
auctoritas, qui *in titulo de pupill. subst. in*
princ. docet vulgarem substitutionem
factam filio familias vno duntaxat casu
locum habere posse, nempè si filius
viuo patre decedat, si enim antea
moriatur pater, filius statìm Patri
fit hæres, neque abstinendo hæres
esse desinit, itàut hęrede semel illo
existente substitutus excludatur. Sed
falsam omninò conuincit hoc dilem-
ma. Vel enim volunt Doctores sub-
stitutum admitti de iure ciuili; vel
de Iure Pręetorio. Neutrum dici po-
test, ergò falsa sententia est. De iu-
re ciuili substitutum non admitti, pro-
batur, quia quamuis maximè Testa-
tor ea verba *si filius hæres non erit* in-
telligeret cum effectu, & vellet ità
demum substitutum excludi, si cum
effectu hæres filius esset, admitti verò
substitutum, si filius cum effectu hæres
non esset, qualis iste est, qui se abstinet,
3 qui † quidem nudo nomine manet hę-
res *l. 1. §. sed si sine sui ff. ad S C. Ter-*
tull. tamen voluntas ipsius efficere non
posset, vt substitutus suo se abstinen-
te iure ciuili admitteretur. Quamuis
4 † enim testator possit veluti legisla-
tor de suis rebus Statuere *l. verbis*
legis ff. de verb. signif. §. disponat Auth.
5 *de nupt.* Id † tamen ità demum ve-
rum est, si secundum leges disponat:
nemo enim efficere potest leges in suo
testamento locum non habere *l. ne-*
mo ff. de leg. 1. In proposito verò
secundum leges substitutus suo existen-
te, quamuis postea abstinente, admit-
6 ti non potest; Non † enim duo vni in soli-
dum hæredes esse possunt *l. quod contra*
7 184. *§. vni duo ff. de reg. iur.* At † suus
semel hæres extitit, & quidem in-
uitus, & necessarius. *§. sui autem*
hæredes Instit. tit. de hęred. quæ ab intest. defer. §. sui autem Instit. tit. de
Hæred. qualit. & differ. ergo substitu-
tus hęres amplius existere non potest,
8 quia † is qui semel hęres extitit non
potest desinere *l. ei qui, soluendo ff. de*
9 *hęred. instit.* Neque † beneficium ab-
stensionis suis hęredibus à Prætore con-
cessum id efficit, vt qui abstinet, hæ-
res esse desinat *l. cum quasi §. sed & si suus*
10 *ff. de fideicom. libert.* Ergò † siue suus se-
mel ipso iure hęres extiterit, siue extra-
neus institutus hęreditatem semel adie-

rit, dicendum est expirasse vulgarem substitutionem *ex l. post aditam C. de impub. & aliis subst.*

11 Non † posse verò substitutum suo se abstinente de iure prætorio admitti probatur *ex l. si non expedierit ff. de rebus author. Iudic. possid. l. si pupillus 79. ff. ad. Sen. Cons. Trebell.* vbi Prętor pupillo se abstinente hęreditatem ad alios nec per bonorum possessionem defert, sed bona vendi permittit. Si ergo suo existente hęrede licet abstinente Prętor per bonorum possessionem legittimos non admittit, nec cognatos; neque admittet substitutum.

12 Confirmatur † *ex l. ait Prætor §. sed quod Papinianus ff. de minor.* vbi minore hęrede semel existente, licet per in integrum restitutionem abstinente, vel repudiante hęreditatem seruum testatoris substitutum exclusum esse, tamquam exploratum, & certissimum Papinianus responderat. Et licet contrarium concludat Vlpianus, tamen non absolutè sed vnico duntaxat illo casu à Diuo Pio constitutum esse vt seruus admittatur, asserit; si scilicet hæreditas soluendo non sit.

13 Ergò † exceptio in hoc solo casu, confirmat regulam *l. nam quod liquidè § fin. ff. de pen. leg.* Et licet textus sit de minore

14 in integrum restituto, tamen † valet argumentum à restituto ad abstinentem, cum tàm restitutio, quàm abstensio de iure prętorio sint *§. sui autem Instit. tit. de hęred qualit. & differ. l. 1. ff de In integr. restit.* Et Prętor æquè siue abstinentem, siuè restitutum pro hęrede non habeat vt probat Faber *lib. 3. coniect. cap. 4.* vbi tamen contrariam sententiam tuetur.]

15 Certissima † tandem probatio est *ex l. fin. ff. de success. edict.* vbi licèt Prætor successionem induxerit inter eos, quos ex capite vnde cognati vocauit ad bonorum possessionem, itavt post proximiorem alij per gradus vocentur *l. 1. in princ. ff. de success. edict. §. placebat Instit. tit. de legitt. agnat. success.* tamen si primus bonorum possessionem agnouerit, sequens in gradu etiamsi proximior postea beneficio restitutionis in integrum se abstinuerit, admitti ampliùs non potest. Si ergò Prætor ipse post datam semel bonorum possessionem proximiori, alium sequentem in gradu non admittit, quamuis proximiorem in integrum restituerit, & ità eum pro hęrede amplius non habeat: Ità neque postquam suus hæres ipso iure effectus est (licet beneficio Pretoris se abstinuerit, & ità ab ipso Prętore pro hęrede non habeatur) Prætor substitutum admittet. Nam vt diximus valet argumentum à restituto ad eum, qui se abstinuit; vtrumque enim remedium prætorium est, nec alia in effectu inter ista remedia est differentia, nisi quod beneficium abstinendi edicto datum petendum non est, sicuti petenda est restitutio. Cæ-

16 terum † eo beneficio id agit Prætor, vt filium ipso iure ciuili effectum hæredem oneribus liberet hæreditarijs, & in eum denegat actiones. *l. necessarijs ff. de acquir. hęred.* Itaque beneficium personale est, nec id intendit Prætor vt filio se abstinente omnia agat ac si hæres

17 filius non extitisset, Nam † imò in reliquis pro hęrede ipse etiam Prętor filium habet, qui se abstinuit, vt probat Faber *de err. pragm. decad. 31. err. 10.*

18 *n. 22. & sequent.* Et confirmatur † quia tabulę pupillares existentia sui hæredis confirmantur, etiamsi suus se abstineat *l. paterfamil. ff. de priuileg. cred. l. quæsitum cum l. sequent. ff. de acquir. hæred. l. si filius qui patri ff. de vulg. & pupill. substit.* Sicuti ergò quando Prætor restituit eum qui bonorum possessionem accepit, illud beneficium soli restituto prodest, vt se ab oneribus hęreditarijs expediat, non autem sequenti in gradu cognato, vt possit & ipse accipere bonorum possessionem *d. l. fin. ff de success. edict.* Ità & cum beneficium abstensionis concedit suo, soli suo succurrit, vt oneribus hęreditarijs liberetur, non autem substituto, vt ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admittatur. Be-

19 neficium † enim Prætoris non egreditur personam eius cui conceditur, neque negocium totum tollit, sed personæ tantum prodest, cui succurrere Prętor intendit. Hac ratione restitutio concessa principali, fideiussori non prodest *l. 1 & 2.*

C. de fideiussor. minor. Si in communi causa minor restituatur, non ideò intelligitur restitutus maior *l. unica C. si in com. eademque caus.* Hac ratione minore aduersùs transactionem restituto, non statim sequitur restitutum etiam illum esse, cum quo transactio facta est, sed & ipse restituendus venit *l. 1. C. si adu. rs. transact.* Confert textus *in l. vnica C. de reputat., quæ fiunt in iudic. rest. in integr.* Nam minore restituto restituuntur etiam omnia in integrum ei, aduersùs quem minor restituitur. Sic etiam muliere contra Sen Cons. intercedente rescinditur intercessio, sed adhuc actio creditori est restituenda *l. fin. §. fin. l. si mulier ff. ad Sen. Cons. Velleian.* Et licet aliquando videatur dici restituto minore ipso iure ad pristina iura redire eum, aduersum quem restituitur *l sed vbi ff. de minor.* tamen non ità est, sed semper intelligitur debere redire illum, aduersùs quem impetratur restitutio auxilio Prætoris ad sua iura, illis eidem à Prætore restitutis, vt in eodem casu, quod dicitur *in d. l. sed vbi* declaratur *in l. si minor 39. in princ. ff. de Evict.* Cum itaque suus hæres ex ciuili rigore inuitus ad hæreditatem Patris admittatur. Prętor id agit, vt per beneficium abstentionis ei succurrat. Nihil id beneficium concedendo cogitat de substituto, cui nulla causa est cur succurrat: is enim ex eo quod filius hæres extitit semel exclusus est, nec potest amplius admitti, vt potè vocatus sub illa conditione *si filius hęres non erit*, quę sanè defecit illo hęrede ipso iure
20 existente. Nec recipienda ratio differentię quam tradit Faber *d. cap. 4. lib. 3. coniect.* inter cognatū sequentis gradus, qui semel proximiore admisso licet restituto bonorum possessionem accipere non potest, & substitutum in casu quo suus hæres se abstinuit: nempè quod semel admisso proximiore ad bonorum possessionem satisfactum sit Prætori, non tamen satisfactum sit testatori, qui substitutum vocauit sub ea conditione *si filius hęres non erit* quę extitisse videtur ex eo, quod filius abstinuit, & sic in effectu hæres non extitit. Nam imò magis debuit Prætor sequenti in gradu cognato bonorum possessionem deferre proximiore restituto, quam substitutum ad bonorum possessionem admittere suo se abstinente. Bonorum etenim possessio Pretoris remedium est, sicuti & restitutio. Si Prætor ipse restituendo proximiorem illum pro hærede non habet, consequens est sequentem in gradu admittendum (quem tamen Prætor non admittit, quia vt diximus per restitutionem succurrit proximiori, qui accipiendo bonorum possessionem læsus est, non autem vult succurrere sequenti in gradu cognato, qui læsus non est, nec vlla causa est, cur ipse restituatur) At si agatur de substituto Prætor ciuilem subtilitatem sequi debet, & an ipse sit admittendus etiam ad bonorum possessionem secundum tabulas ex ciuilibus regulis diiudicare debet.
21 Memoria † enim repetendum est quod monui *interpret. iur. cap 5 n. 10. lib. 1.* Prætorem quasdam bonorum possessiones induxisse, non impugnandi, neque emendandi iuris ciuilis causa, sed magis illud confirmandi, inter quas est bonorum possessio secundum tabulas *§. 1. Instit. tit. de Bon. possess.* quam quidem bonorum possessionem non concedit nisi illis, qui de iure ciuili ad hæreditatem admitterentur, & qui vtiliter sunt instituti *l his demum ff. de bon poss. secund. tab.* At substitutus de iure ciuili in eum casum tantum est vtiliter institutus, si filius decesserit viuo Patre, & sic hæres non extiterit, vt suprà probauimus. Ergò eo tantum casu bonorum possessionem accipere potest, secus si filius semel hęres extiterit, licet postea abstinuerit. Et quamuis Prętor interdum concedat, & concesserit bonorum possessionem secundum tabulas his, qui iure ciuili non admitterentur, & ità ius ciuile etiam in testamentarijs hęreditatibus emendauerit, tamen id non efficit passim, & indistinctè, sed his demum casibus, quibus specialiter ipse prospexit, & bonorum possessionem pollicitus

 est,

eſt, prout contingit in poſthumo alieno *Inſtit. tit. de Bon. poſſeſſ. in princ.* qui quidem in teſtamento ſcriptus, numquam fuiſſet admiſſus, niſi Prętor ſpecialiter, & nominatim ei bonorum poſſeſſionem pollicitus fuiſſet. Nam ſpeciali remedio, & auxilio ille indigebat, qui iure ciuili erat excluſus. Alioquì vel dicendum eſſet Prætorem omnibus in teſtamento ſcriptis hæredibus etiam iure ciuili incognitis bonorum poſſeſſionem indiſtinctè dediſſe, quod falſum eſt; Vel ſi dicamus quibuſdam duntaxat aduerſus, vel pręter ius ciuile dediſſe. Sanè his ſolis oportet dediſſe quos nominatim vocauit, alioquìn à iure ciuili Prætor in eo recedere videri non potuiſſet, in quo ſpecialiter, & nominatim aduerſus ius ciuile non ſtatuiſſet. At in iure noſtro non inuenio aliquo Edicto cautum fuiſſe ſubſtituto, & eidem ſuo ſe abſtinente propoſitam à Prætore, & delatam bonorum poſſeſſionem. Ergò dicendum eſt ſubſtitutum nullo modo poſſe admitti. Et verò nihil ad hanc rem operari poteſt voluntas teſtatoris. Teſtator enim eo remedio vti poteſt, quod à iure propoſitũ eſt. In caſu noſtro ſi ſuus hęres extitit nullo iure admittitur ſubſtitutus, ergò nec teſtator efficere poteſt, vt admittatur. Alioquì ius ſiue Ciuile, ſiue prætorium teſtatoris voluntati ità ſeruiret, vt cogeretur omnes regulas, omnia inſtituta interuertere, & illos etiã admittere, quos non agnoſceret, quod nemo nõ videt, quam ſit abſurdum. Ad hoc autem iuris principium Doctores non animaduertunt licèt veriſſimum, certiſſimum ſit; ſed ad ſolam voluntatem teſtatoris reſpicientes conijciunt ſubſtitutum admittendum. Id prius conſiderare debuerant an iure Prætorio iſte ſubſtitutus ad bonorum poſſeſſionem eſſet vocatus.

22 Cum † igitur hoc ſit veriſſimum ſubſtitutum ſuo ſe abſtinente non admitti; quod enunciatiuè dicitur de ſubſtituto *in d. l. ex contractu ff. de re iudic.* non ſtatim intelligendum de ſubſtituto vulgari Pupillæ dato, qui ea ſe abſtinente ad hęreditatem ex vulgari ſubſtitutione admittatur, ſed interpretatio quærenda eſt. Congrua autem eſſe poterit interpretatio, ſi caſum eius legis ità effingamus. Teſtator inſtituerat filiam ſuam pupillam, & vnum, vel plures extraneos; Cohęredibus filiæ vel etiam his omnibus dederat ſubſtitutum. Pupilla hęres extitit ipſo iure, in ò & ſe immiſcuit, cum tutore auctore ex paterno contractu iudicium ſuſceperit, & condemnata fuerit. Indè cum Tutores eam abſtinuerint bona peruenerunt vel ad ſubſtitutum, quo ſcilicet caſu cohæredes repudiarunt, vel ad ipſos hæredes, quo caſu ipſi adierunt hæreditatem (cęterum quia in hoc quæſtio non erat alternatiuè ponitur bona vel ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes perueniſſe) Hinc data occaſio quęrendi, an hi ad quos bona Pupillę peruenerunt ex re iudicata teneantur. Et hic caſus eſt qui Scæuolę proponitur *in d. l. ex contractu*. In quo quidem caſu ſubſtitutus admittitur, ſed non reſpectu eius vulgaris ſubſtitutionis, quę facta pupillę eſt, ſed quia ſubſtitutus eſt cohęredibus & illis repudiantibus eorum portiones agnouit. Eodem igitur remedio bona pupillę conſequitur, quo ea accipere tenerentur cohæredes, qui hæreditatem adiuiſſent. Non pè quia Prætor non vult eius bona vendi, qui hęredem habet. Ergò cohæredes cogit vel bona vacantia agnoſcere, vel à tota abſtinere hęreditate. *l. cum hereditate l. fin. ff. de Acquir. hered.*

An ſicut Mandatori creditor aduerſus debitorem cedere teneatur actiones, ita & teneatur fideiuſſori. Ad l. niſi hoc actum 21. ff. de Pact. & l. Stichum, aut Pamphilum 95. ſ. pen. ff. de ſolut Cap XXII.

SVMMARIVM.

Mandatori debitor tenetur actiones cedere. n. 1.

Qui mandatori cedere actiones non poteſt, nihil ab eo conſequitur. n. 2.

Valet pactum, vt à reo non petatur, petatur à fideiuſſore. n. 3.

Diſcri-

1 SI † aduersus Mandatorem creditor agat, non aliter mandator est condemnandus, quàm si creditor ei aduersus debitorem cedat actiones *l. si mandatu 13 ff. de fideiussor. l. si alicui 27.*
2 *§ fin. ff. mandat.* Ideoque † si creditor à debitore culpa sua causa ceciderit, à mandatore actione mandati nihil consequi posse dicitur, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere *l. Stichum aut Pamphilum §. pen. ff. de solut.*

Non idem videtur dicendum in fi-
3 deiussore, Nam † is à creditore rectè, & efficaciter conuenitur, quamuis eidem creditor aduersus reum actiones non cedat, nec cedere possit, vt probatur *ex l. nisi hoc actum 22. ff. de pact.* si enim creditor fecerit pactum de non petendo à reo, vt tamen possit à fideiussore; fideiussor exceptionem aduersus creditorem non habet, & tamen creditor eidem nec si vellet posset aduersus reum actiones cedere, quas non habet, aut non habet efficaces ob pactum illud de non petendo. Cur ergò efficaciter fideiussor conuenitur, quamuis ei creditor non cedat, nec cedere possit actiones, non autem mandator cum effectu conueniri potest, nisi ei actiones cedi possint, & cedantur?

4 Fatentur † eruditiores, & Cuiacius, & Anton. Faber *ad d. l. nisi hoc actum ff de pactis* constituendam differentiam esse inter mandatorem, & fideiussorem, vt ille desiderare possit sibi actiones cedi, nec aliter condemnari possit, secus verò iste, de quo nullibi id scriptum est. Rationem autem differentię hanc red-
5 dunt, quia † mandator nullam habet actionem aduersus debitorem proprio nomine, nisi fortè ipse debitor ei prius mandasset, vt sibi credi mandaret *l. Vranius § planè §. si ponamus ff. de fideiussor.*
6 At † fideiussor habet actiones proprio nomine, vel mandati, si debitor ei mandauerit fideiubere, vel negotiorum gestorum, si nullum interuenerit mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat.* Ratio ergò fuit, cur illi subueniretur, non huic. Cur autem mandatori non competat aduersus debitorē negociorum gestorum actio, prout competit fideiussori, qui reo ignorante intercesserit, rationem reddit Faber *ad l. Papinianus 28. ff. mandat. in Rationalibus.* Quia †
7 mandator soluendo reum non liberauit *d. l. Papinianus ff. mand.* Nam suo nomine, & propter suum mandatum soluit ad sē liberandum, ergò actionem negociorum gestorum non potest ex ea solutione habere aduersus debitorem, non solum quia vtiliter eiusdem negocium non gessit, quem non liberauit: Verum etiam quia non debitoris, sed suum proprium negocium gessit, qui ideò soluit, vt se liberaret.

8 Ego † verò nec differentiam, nisi aliqua discriminis ratio afferatur, admittere possum, nec rationem vllam video, cur ea differentia sit constituenda. Planè eam differentiæ rationem, quam & Cuiacius, & Faber assignant, quod mandator actionem nullam aduersus debitorem habeat, non videntur attendisse Iure Consulti, qui indistinctè mandatori cedendas actiones à creditore dixerunt, siuè ipse mandati actionem haberet, siue non haberet; qua tamen in re distinguere debuissent, si ratio cur actiones mandatori cedi deberent, in eo posita fuisset, nè ipse sine actione esset. Quin imò si vera hęc ratio esset, maximè indigeret

digeret cessione actionum fideiussor, precipuè qui absque mandato debitoris intercessisset in casu *d. l. nisi hoc actum.* Nam cum in eo casu vtiliter vtiquè negocium debitoris non gereret soluendo, cum ipse iam per pactum de non petendo esset liberatus, non haberet aduersus eumdem debitorem negociorum gestorum actionem. Ergò huic fideiussori subueniendum esset, vt nisi cedere creditor actiones aduersus debitorem posset, exceptione repelleretur, nè in damno fideiussor versaretur, & in potestate creditoris esset eidem aduersus debitorem actionem auferre.

9 Preterea † non videtur ea differentię ratio subsistere, quia sicuti proprio nomine actiones habet fideiussor, ità & mandator. Nam vel sciuit, & tacuit debitor, mandatorem mandare permittens, & mandatori actio mandati competet *argumento l. qui patitur l. si remunerandi §. si passus ff. mandati.* quam actionem multò magis habebit si debitor mandatori expressè id mandauerit. Aut verò debitor ignorauit, & mandatori dabitur actio negociorum gestorum. Dubitari enim non potest negocium gerere debitoris mandatorem, qui debitori credi mandat, qua ratione sicuti mandator debitori tenetur negociorum gestorum actione *l. nam & Seruius 21. §. fin. l. si quis mandato 28. ff. de neg. gest.* ità ęquum est debitorem teneri mandatori, si huic aliquid eius mandati causa absit. Si itaque creditori mandator soluerit, id actione negociorum gestorum repetere poterit, non solum quia ab initio vtiliter negocium debitoris gesserit *l. sed an vltrò 10 §. 1. & sequent. ff. de negoc. gest.* Sed quia & vtiliter gessit soluẽdo: ex eo enim licèt debitorem ipsò iure non liberauerit *l. Papinianus 28. ff. mandat.* liberauit
10 † tamen ope exceptionis, cum creditor, qui semel à mandatore suum accepit, non possit rursus agendo aliquid consequi à debitore, sed exceptione repellatur *l. si quis dolo §. 1. ff. de re iudic. l. bona fides 57. ff. de reg. iur. l. si fideiussor 29. §. hoc idem l. si quis alicui 27. §. fin. l. creditor 60. §. duobus ff. mandat.* Neque obstat textus *in l. Vranius §. planè & § si ponamus.* Ibi enim cum duobus reis credi mandatum esset, & vnus illorum liberatus ponatur: sine dubio mandator soluendo negociorum gestorum actione non poterat agere cum eo, qui fuerat liberatus. Nam vtiquę soluendo vtiliter negocium non gesserat illius, qui amplius non tenebatur, & cuius persona, eiusque accessiones, vel ipsò iure, vel ope exceptionis ab obligatione erant exemptæ, & ex cuius persona exceptionem mandator habere potuisset, ergò sola superest ibi actio mandati, qua & is tenetur, qui fuit liberatus, qui non solum pro sua persona, sed in totum negocium mandando fuit obligatus. Minus obstat argumentum Fabri, quo probare conatur mandatori non competere negociorum gestorum actionem, quia debitorem non liberauit, & quia negocium non debitoris soluendo, sed suum gessit. Nam imò & debitorem liberauit saltem ope exceptionis, vt diximus, & negocium gessit eiusdem debitoris; quamuis enim ad se liberandum soluerit, tamen cum obligatus esset in gratiam alterius, & negocium debitoris gerens, soluendo in consequentiam eius obligationis, quod soluit potest negociorũ gestorum actione repetere, cum hoc damnum sentiat ex negocio gesto. Et verò nullus dubitat ementem negocij gerendi causâ pro aliquo, posse ab eo pretium, quod soluit consequi *l. siue hereditaria 21. l. mandasti 46. ff. de negoc. g. st.* & tamen quod soluit præcedentis emptionis causâ non ad liberandum eum, cuius negocia gerebat, vt potè qui non esset obligatus, sed ad se ipsum liberandum, soluit.

11 Ego † itaque existimo nullam constituendam differentiam quoad cessionem actionum à debitore faciendam inter mandatorem, & fideiussorem. Sed dico æquè per exceptionem à fideiussore creditorem repelli, si cedere actiones non possit, prout à mandatore ipsò summouetur, cum eadem quę in mandatore, etiam in fideiussore vigeat ratio. Ratio cur mandator in effectu creditori non teneatur, si integras actiones non habeat, quas cedere possit, ea est, quia Creditor qui debitorem liberauit, vel quacunque

ratio-

ratione actionem amisit, si aduersus mandatorem integras actiones haberet per intermediam personam eumdem debitorem adhuc conueniret. Nam mandator soluens ageret aduersus debitorem, vt sibi reficeret quod ex negocio gesto, & quidem vtiliter gesto (cum ex mandato illo debitor sibi credi obtinuisset) sibi abesset *argumento l. siue hereditaria 22. l. 10. §. 1. ff. de neg. gest.* Sicuti enim nemo negaret fideiussorem, qui sine mandato pro debitore efficaciter obligato intercessisset, si à creditore cum effectu conueniretur, negociorum gestorum actione aduersus debitorem rectè agere, quamuis antequam fideiussor solueret, per pactum de non petendo liberatum; & hac ratione quisque concederet pactum de non petendo debitori factum etiam ipsi fideiussori, qui citrà mandatum intercessisset prodesse; Ità nulla ratio est, cur idem in mandatore non concedatur. In effectu igitur creditor debitorem non liberaret, nisi & hi, qui eius negocij causa essent obligati, li-
11 berarentur. Nam † vt dixi aduersus illos agens ipsum debitorem videretur conuenire *l. aduersus ff. de recept. arbitr. §. fin. Inst. tit. de replicat.* tum hi possint aduersus debitorem regredi *l. cum lex ff. de fideiuss. l. 5. ff. de liber. leg. l. quod dictum 32. ff. de pact.* Hæc eadem ratio locum habet in fideiussore dictis iuribus. Ergò æquè siue de fideiussore, siue de mandatore agatur, nisi cedere posit debitor actiones, nisi integras habeat, neutrum ex eis efficaciter potest conuenire.

Non obstat textus *in d. l. nisi hoc actum ff. de pact.* Nam ibi creditor pactum fecit ne peteret ab ipso debitore, sed tamen voluit posse petere à fideiussore, ergò noluit omninò debitorem liberare, sed magis ei temporis dilationem dare, cum voluerit eumdem per mediam fideiussoris personam posse conuenire. Idem dicendum esset in mandatore, si scilicet creditor faceret pactum de non petendo ab ipso debitore, quod pactum nollet reale esse, sed vellet posse à mandatore petere. Nam hoc casu cessante ratione allata, efficaciter posset aduersus mandatorem agere, quamuis actiones cedere non posset. Quinimò fortè verius adhuc posset actiones cedere, cum volens posse agere aduersus mandatorem simul voluerit posse ei actiones cedere, sine
13 qua cessione agere non posset. Sunt † enim semper pacta concilianda *l. fin. ff. de rescind. vend. l. quero §. 1. ff. locati*
14 Et † nouum non est alteri cedere quem actiones efficaces, quas ipse inanes, & sine effectu retineret *l. Papinianus 28. ff. mand.* vbi creditor solutionem recipiens à mandatore, dicitur adhuc habere debitorem obligatum, & indè infertur actiones cedendas esse, quę vtiles erunt quidem mandatori, sed eę creditori fuissent inutiles. Sic posset creditor à debitore pacti exceptione repelli, eas tamen actiones vtiliter cederet mandatori, cui ea exceptio obijci non posset, quę sicuti pactum fuit personale, ità & personalis fuit, & duntaxat aduersus ipsum creditorem potuit opponi.

Animaduertendum tamen est vix in iure nostro reperiri fideiussorem desiderare sibi cedi actionem aduersus debito-
15 rem, Sed † duntaxat petere pignora sibi cedi *l. 2. l. cum alter l. sicut C. de fi-*
16 *deiussor.* Cuius rei illa ratio est, quia † olim electione fideiussoris liberabatur principalis *l. fin. C. de fideiussor. & diximus Interpret. iuris cap. 44. lib. 1.* Planè si fideiussor conuentus paratum se solutioni exhibuisset, dummodo aduersus debitorem sibi cederentur actiones, non video cur cedi non debuissent.

Et ex his constat delendam etiam glosam Accursij *ad d. l. nisi hoc actum ff. de pactis* & ea omnia reijcienda, quæ ab eius sequacibus traduntur.

Examinatur l. si seruum 91. in princ. ff. de verb. oblig. Cap. XXIII.

SVMMARIVM.

Culpa debitoris perpetuat obligationem. n. 1.

Occidens hominem promissum ad eumdem præstandum tenetur. n. 2. nisi iusta causa, & lege permittente occiderit. n. 3.

Culpa

Culpa considerari non potest in eo, quod iure permittente fit. n. 4.

Manumittens seruum ignorans se rogatum illum restituere, fideicommisso tenetur. n. 5.

Seruum indebitum manumittens tenetur, si indebitum sciuerit, secus si ignorauerit. n. 6.

Indebitum accipiens saltem quasi ex contractu ad illud restituendum obligatur. n. 7.

Refertur interpretatio communis ad l. in summa. 65. §. pen. ff. de cond. indeb. n. 8.

Communem interpretationem reprehendit Donellus. n. 9.

Indebitum accipiens fructus ante moram perceptos, restituit. n. 10. quod secus est in alijs iudicijs. Item & pretium ex re distracta restituit. n. 11.

Subijcitur interpretatio Donelli. n. 12.

Reprobatur Donellus. n. 13.

Subijcitur Auctoris interpretatio. n. 14.

Ignoranter seruum debitum manumittens cur teneatur n. 15.

Ignorantia non semper, nec ad omnes effectus prodest. n. 16.

Actio in factum datur aduersus eum, qui etiam iuris auctoritate suo facto dominium rei alteri ademit. n. 17.

Redditur ratio cur seruum indebitum ignoranter manumittens non teneatur. n. 18.

In contractu emptionis venditionis præstatur negligentia. n. 19.

Rei alienæ possessores similiter de negligentia tenentur. n. 20. quomodo id intelligendum. n. 27.

Hæres grauatus legato vel fideicommisso diligentiam præstat. n. 21.

In omnibus contractibus culpa saltem lata videtur præstanda. n. 22. an id verum. n. 33.

Referuntur rationes, quas reddit Donellus, cur in contractu emptionis venditionis diligentia sit præstanda, & reprobantur. n. 23.

In contractibus bonæ fidei veniunt etiam non expressa, secus in contractibus stricti iuris. n. 24.

Non tamen in contractibus bonæ fidei in plus quis obligatur, quam voluerit. n. 25.

Redditur ratio cur in emptione venditione, & in alijs quoque contractibus diligentia sit præstanda. n. 26.

Bonæ fidei possessor ante litem contestatam de negligentia non tenetur, & cur. n. 28.

Bonæ fidei possessor post litem contestatam prædo est. n. 29.

Non tenetur tamen de interitu rei, quæ casu pereat, & cur. n. 30.

Cur hæres teneatur legatario diligentiam præstare. n. 31.

Legatarius grauatus rem per fideicõmissum restituere, ad quid fideicõmissario teneatur. n. 32.

Regula illa casum à nullo debitore præstandum quomodo intelligenda. n. 34.

1 CVm † veteribus placuisset culpam debitoris perpetuare obligationem, quam regulam explicat Paulus *in hac l. si seruum 91. ff. de verb. oblig.* In principio huius legis proposito casu, quo seruus per stipulationem promissus nulla mora intercedente decesserit, de duobus statuit. Primum est debitorem etiam eo mortuo teneri, si ipsum occiderit, quod tamquam indubitabile pertransiit.
2 Nemo † enim potest dubitare æquum esse teneri eum, qui occidendo effecit, nè hominem promissum præstare possit *d. l. si seruum §. sequitur l. si ex legati 23 ff. de verb. oblig.* Alterum est non teneri è contrà debitorem, si ideo homo decesserit, quod ab ipso infirmus fuerit neglectus; quod tamen quia plus continet difficultatis, diligenter examinat: sed tãdem concludit debitorem non teneri, quia quantum pertinet ad stipulationem culpa accipienda est in faciendo, non in non faciendo, cuius rei elegantem reddit rationẽ, *quia qui dare promisit ad dandum, non ad faciendũ tenetur.* Quæ quidẽ Pauli decisio adeo clara est & perspicua, vt fatui sint, qui cum glossa existimant resoluere Paulũ promissorem de negligentia teneri. Adeò enim aperta sunt verba in contrarium, vt nulla ratione ad eam sententiam adeò verbis ipsis repugnantem possint detorqueri, vt non minus etiam fatuum esset hac in re disputanda immorari.

Videamus ergò, an istę duę Pauli resolutiones iure consistant; Quibus rationibus de his possit dubitari, & quomodo ab obiectis possint defendi.

Et quantum pertinet ad primam Monendum prius est, quod dicit Paulus, promissorem nulla intercedente mora teneri, si hominem promissum occiderit, intelligendum esse si sine iusta causa, &

sa, & lege non permittente id fecerit; 8
3 Nam † si fortè in facinore deprehenderit, vel quauis alia causa lege permittente occiderit, non tenetur *l. qui seruum 96. ff. de verb. oblig. argumento l. quid ergò 53. §. si hęres ff. de leg. 1.* Si enim alienum seruum ob facinus interficere interdum licet, vt eo nomine qui occidit domino non teneatur *l. qui occidit 30. in princ. ff. ad l. Aquiliam*. Multò minus tenebitur creditori is, qui lege permittente merentem seruum promissum occidit.
4 Quod † enim lege permittente fit pœnam non meretur, nec culpa considerari potest in eo, quod lege permittente fit *l. 4. l. 5. § iniuriam ff. ad l. Aquil.* Planè si promissor nulla tali causa præcedente, qua iure liceat seruum occidere, illum necauerit, succedet Pauli resolutio, & rectè dicetur, hunc etiam nulla intercedente mora teneri, quia, vt suprà dicebamus, verum est hunc effecisse, quò minùs seruum præstare possit. Qua ratione si quis sacrum, vel religiosum locum effecerit, vel seruum manumiserit quem promiserat, æquè tenetur; quinimò etiam si ignorans quis se debere
5 occiderit, tenetur, prout † & ille, qui cum nesciret à se petitum codicillis, vt restitueret, seruum manumisit *hac l. si seruum §. 1. & §. de illo*.
6 Verum † (multis omissis) aduersus hanc decisionem obijci solet textus *in l. in summa 65. §. pen. ff. de condict. indeb.* vbi si seruum quis indebitum acceperit, distinguitur, vtrum sciens acceperit, an ignorans illum manumiserit. Primo casu tenetur ad precium, & concordat *l. si is cui 39. ff. de donat. causa mort.* Secundo verò casu respondetur non teneri. Ergò non ità expeditum est promissorem occidentem seruum promissum teneri: Nam si ignorans se debere, id fecerit, dicendum potius est deinceps non esse obligatum, cum videatur non posse rationem differentiæ constitui inter hunc, & illum, qui indebitum seruum ignoranter accipiens illum manumisit,
7 qui † & ipse accipiendo saltem quasi ex contractu ad illud ipsum dandum quod accepit, obligatur *§. item si cui Instit. tit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc.*

Respondent † communiter Doctores proprio quodam iure fieri nè in condictione indebiti is, qui manumisit seruum, teneatur. Rationem autem eam esse, quia in illa actione id duntaxat præstatur, in quo accipiens factus est locupletior *l. si non sortem §. libertus ff. de condict. Indeb.* Confirmat hanc responsionem Cuiacius ad hanc legem ex eo, quia hęc condictio ex bono, & æquo inducta est, vt quod alterius apud alterum inuenitur, repetatur. Non est autem ęquum conueniri eum qui accepit de eo, quod non habet.
9 Hanc † responsionem reprehendit Donellus *ad hanc legem in princ.* Inquit enim. Vel nulla culpa considerari potest in eo, qui seruum, quem indebitè accepit manumisit. Et in hoc casu nihil erit singulare, sed ideò non tenebitur, quia sine sua culpa res perijt. Quod si ità est idem dicendum erit in alio quouis debitore ignoranter seruum debitum manumittente, occidente, vel quolibet modo ex humanis, vel de commercio eximente. Aut conceditur culpam considerari posse in isto qui indebitum accepit, prout consideratur in alio quolibet debitore; Et tantò magis dicendum erit teneri eum, qui indebitum seruum, quem accepit, manumisit. Cum enim condictio indebiti ex bono, & æquo inducta sit, in hac maximè culpa est pręstanda, cum videamus ratione eius æquitatis in hac actione ea etiam præstari, quę alioquì in alijs iudicijs non præstantur.
10 Nam † fructus etiam ante moram percepti restituuntur *l. indebiti in princ. ff. de cond. indeb.* quod in alijs iudicijs non ità est *l. cum fundus 31. ff. si cert. pet.* Rursus † in condictione indebiti pretium ex re indebita distracta restituitur *l. si non sortem §. libertus ff. de cond. Ind.* quod non ità est etiam in bonæ fidei iudicijs, si res debita à debitore fuerit distracta *l. venditor ex hæreditate 21. vers. nam si eundem ff. de hered. vel act. vend.* 11
12 Ipse ergò Donellus respondet, ideo nō pręstari illud factum ab eo qui indebitum

P accepit

accepit ignoranter, quod in illo nulla culpa possit considerari. Cum enim ipse debitum existimauerit, & ille qui soluit tamquam debitum soluerit, iustam habet causam existimandi se dominum, & quidem irreuocabiliter, vt numquam eius rei nomine possit ad restitutionem aliquam teneri. At non idem dici potest in hærede, qui seruum à testatore debitum occidit, vel manumisit à testatore legatum, vel per fideicommissum relictum. Nam is cogitare potuit, & debuit defunctum vel fuisse ipsum obligatum, vel grauatum se ex testatoris dispositione.

13 Mihi † tamen responsio ista non satisfacit. Nam alieni facti iusta est ignorantia *l. qui in alterius 42. ff. de Reg. iur. l. fin. ff. pro suo.* Ergò nulla culpa potest ei imputari, qui seruum à testatore debitum manumisit ignoranter. Alioqui timore eius, qod potuit defunctus fecisse, libera hęredi rerum suarum auferretur dispositio. Quod si potuit is, & debuit cogitare defunctum fuisse ipsum obligatum, & seruum debuisse (quod tamen negamus) Ità & potuit, & debuit cogitare is, qui indebitum accepit. Nam & is certò non sciuit debitum esse, & potuit suspicari fortè à defuncto auctore suo debitorem liberatum, vel alio modo obligationem solutam, aut nec contractam quidem esse, itàut errans ille soluat, qui debitor verè non sit.

14. Ego † igitur existimo eum debitorem qui ignorans, & iustam ignorantiæ causam habens, prout quicunque est, qui alteri succedit, manumittit seruum, vel alio quouis modo rem debitam de commercio, vel rerum natura eximit, non esse in culpa; idque confirmatur *ex l. cum quidam 25. §. si quis filium ff. ad Sen. Consf. Trebell.* vbi cum quęritur, an filius seruum manumittens, quem in codicillis, quos ignorabat, rogatus fuerat restituere, teneatur, & respondetur teneri, non ea redditur ratio quod manumittendo in culpa fuerit, sed imo illa redditur, quia *factum cuiusque alteri damnum afferre non debet.* Culpa considerari potest tamquam causa, cur occidens teneatur *in princ. nostra legis, & in §. 1.* cur locum efficiens religiosum, vel manumittens; quia agitur in his locis de eo, qui sciens se debere hæc fecit, vt constat *ex §. de illo* vbi expresse quæritur de eo, qui nesciens occiderit, quod argumentum euidens est in pręcedentibus actum esse de sciente. At si agamus de ignorante, inepta ratio est, quæ ex culpa deducitur, cum iustam habeat ignorantię causam, pręcipuè is, qui in ius alterius successit, ideo in
15 culpa non sit. Ergo † vera ratio illa est cum agitur de ignorante, quam reddit Iuris Consf *in d. l. quidam 25. §. si quis filium ff. ad Senat. Consf. Trebell.* quia factum cuiusque alij nocere non debet; quę quidem ratio non ità vniuersaliter est accipienda: sæpè enim factum alterius alteri nocet. Et nè longius abeamus exemplum habemus *in nostra legis §. 1.* si enim nobis seruus debeatur alicuius, qui scilicet debitoris non sit, & is à domino manumittatur, non possumus amplius seruum petere, quia sine culpa debitoris desijt posse pręstari. Itaquè hoc casu factum domini nobis nocet. Sed restringenda est ratio illa ad casum, de quo agitur, nempè si debitor seruum, quem ex stipulatione, vel ex dispositione testatoris debet, occiderit, manumiserit, vel alio modo de commercio exemerit. His casibus factum debitoris nocere creditori non debet. Ratio autem est, quia licet ipse ignorans sit, tamen ignorantia non potest ei prodesse ad hoc vt liberetur: posset fortè ei ignorantia prodesse nè obligaretur, at vt ad id prosit, vt ex proprio facto liberetur æquitas repugnat.
16 Non † semper æquè prodest, & ad omnes effectus ignorantia *l. 7. & 8. ff. de iur & fact. ignor.* Quando suo facto debitor rem de commercio eximit, vt præstari non possit, non ęquum est, quamuis in culpa non sit eum liberari, & factum ipsius alteri, creditori scilicet,
17 nocere. Sicuti † contingit in simili, si quis per ferruminationem bona fide statuæ suę bracchium alienum addiderit, quod etiam à statua separatum ad primum dominum confusione materię facta non redit. Hunc enim, licet bona fide iuris authoritate domi-

dominium eius partis quæsiuerit, æquum est ex suo facto teneri, ideò actione deficiente nominata, & speciali, datur aduersus hunc actio in factum *l. in rem 23. §. item quæcunque ff. de rei vindicat.* Non potest hic suo facto etiam iuris auctoritate dominium rei suæ alteri adimere, quin teneatur. Ità nec poterit debitor suo facto consequi, vt non conueniatur, & ab obligatione liberetur.

18 Sed † cur ergò ei, qui indebitum seruum ignorans accepit factum suum prodest, ità vt ab obligatione liberetur, si seruum sibi solutum manumiserit? Respondeo in isto præcipuam esse rationem, cur non teneatur. Ratio autem est, quæ ex communi responsione deducitur, quia is non alia ratione potest conueniri, quàm quia rem alienam apud se habeat. Condictio illa ex bono, & æquo inducta est, & reuocat id quod alter alterius sine causa tenet. *l. hæc condictio ff. de condict. indeb.* Si ergò rem bona fide habere desinat, deficiente iam causa cur conueniri possit non tenebitur. Tenetur ex naturali æquitate, non alia ratione, quam quia rem alienam sine causa retinet, hæc detentio, hæc deprehensio causa est obligationis, & actionis naturali æquitate inductæ. *d. l. hæc condictio* ergò hac cessante cessat obligatio. Cessat vero etiam si qui indebitum accepit seruum bona fide manumittat, nam is seruum apud se nec habet, nec dolo habere, & possidere desijt. Non ità est in alijs debitoribus. Illi tenentur ex contractu, vel alio quolibet negocio, ex quo orta est obligatio, qui contractus, quod negocium in suo robore manet, non obstante debitoris facto. Puta tenetur quis ex stipulatione; licet seruum manumittat, non tamen cessat obligationis causa, idest non tollitur stipulatio, neque obligationis æquitas iure ciuili comprobata, quod scilicet ille per stipulationem promiserit; sed duntaxat ab ea præstatione debitor intendit se liberatum, quod effecta sit impossibilis, seruo manumisso, vel occiso. Iusta hæc esse solet causa, quod res præstari non possit, qua quis à præstatione excusatur, & ab obligatione liberatur. Cæterum si effecta impossibilis sit præstatio facto eiusdem debitoris, ex causatio ista non admittitur, sed quasi per eum steterit, quo minùs præstaret, adhuc tenetur, manente scilicet causa, ex qua obligari potest, & in obligatione retineri. Si causa quoquo modo fuisset sublata, impossibile esset hunc teneri. Causa tollitur, ex qua condictio datur si indebitum seruum quis bona fide desierit posse præstare, ergò manere hunc obligatum est impossibile.

Plura sunt quæ aduersus secundam Pauli decisionem obijciuntur. Videtur enim dicendum ex negligentia promissoris, si res promissa pereat, obligationem perpetuari. Primò † 19
ex l quod si nolit 31. §. si mancipium & §. §. si quent. ff. de adil. edict si enim seruus in ea causa sit, vt redhiberi debeat, & perierit ex eo, quia illum emptor infirmum neglexerit, & Medicum non adhibuerit, dicitur emptorem teneri, perindè ac si seruus adhuc viueret. Si ergò in contractu emptionis venditionis præstatur negligentia, & si negligens Exempli gratia sit emptor, vel venditor de rei peremptione tenetur, Idem dicendum erit de promissore.

20 Secundo † id videtur probari *ex l. ei qui 54. §. cum prædia §. fin. ff. de petit. hered.* vbi dicitur rerum alienarum possessores teneri diligentiam præstare, & si aliter coluerint agros, quam paterfamilias defunctus coleret, eo nomine teneri. Possessores sine dubio non sunt Domino obligati nec ad dandum, nec ad faciendum, cum nulla obligatione sint obstricti *§. 1. Instit. tit. de Action.* & tamen tenentur res alienas custodire, & curare, ergò debet multò magis teneri promissor, qui ad rem dandam stipulatori est obligatus. Confirmatur argumentum ex hoc ipso nostro textu quem explicamus. Nam quærit I. C. vtrum sicuti in vindicatione hominis, si neglectus sit seruus à possessore, huius culpæ nomine possessor tenetur, ità teneatur promissor. Animaduertendum autem est quærere Iuris Cons. de

alienæ rei possessore ante moram negligente: sicuti enim de promissore Paulus agit negligente ante moram, vt prętatur, & casum proponit in primis verbis contextus, ità credendum est agere de possessore, antequam in mora sit constitutus. Nam non posset dubitari possessorem post moram negligentem teneri, ea euidenti ratione, quia si fuisset homo restitutus, vt debuerat, potuisset à Domino curari. Itaquè inepta esset comparatio possessoris cum promissore. Sicuti inepta est responsio Donelli hic sub n. 9. qui dicit à I. C. exemplum possessoris allatum, vt intelligeremus de qua culpa ipse Iuris Cons. sentiret. Nam id etiam sine eo exemplo intelligebamus, quia quæsierat Iuris Cons. an promissor teneretur si neglexisset infirmum; subdit considerandum, sicuti possessor eius culpæ nomine tenetur; an etiam teneatur promissor. Ex eo quod addit de possessore nihil plus intelligimus, quam intelligebamus antea ex quæstione proposita ab ipso Iuris Cons. Itaque quod additur de possessore dubitationis causa additur. Sicuti enim possessor de negligentia tenetur, ità videbatur teneri promissor. At, vt dicebamus, inepta esset dubitatio, si loqueretur Paulus de possessore post moram, cum quęstionem proponat de promissore ante moram negligente. Quod si possessor ante moram tenetur rem custodire, multò magis teneri debet ipse promissor, vt dicebamus.

21 Tertio † confirmatur *ex l. cum res. 47. §. pen. l. quid ergò 53. §. si hæres. vers. item si ędes. ff. de leg. 1.* vbi hęres grauatus dare legatum, vel fideicommissum de negligentia tenetur legatario, vel fideicommissario, ergo & promissor tenebitur. Neque enim videtur posse afferri aliqua differentię ratio inter hæredem, & promissorem, sicuti enim promissor ad dandum stipulatori est obligatus, ità & hæres.

22 Quarto † in omnibus contractibus culpa saltem lata præstanda est, vt constat *ex l. contractus 23. ff. de Reg. Iur. iuncta l. quod nerua ff. depos.* Quamuis enim *in l. contractus* dicatur quosdam contractus dolum tantum recipere, inter quos connumeratur depositum, tamen constat *ex d. l. quod nerua* in contractu depositi præstandam etiam latam culpam, quæ dolo proxima est. Si enim quis in re deposita ad suum modum, & sicuti solet in suis rebus curam non præstet, fraude non caret: non enim potest sine fide bona minorem quis in alienis rebus diligentiam, quàm in suis præstare. Vndè colligunt Doctores in his contractibus, qui fiunt in gratiam solius dantis recipientem dolum tantum, & culpam latã præstare oportere: in his qui fiunt in gratiam vtriusque præstandam etiam leuem culpam, quæ distinctio probari videtur *ex l. si seruus legatus §. cum quid ff. de leg. 1.* vbi dicitur, si quid tibi sit legatum, vt mihi restituas, nihilque prętereà ex testamento capias, duntaxat dolum malum (& consequenter & latam culpam) præstare te debere. Quod si aliquid prætereà capias, etiam culpam à te pręstandam, sicuti seruatur in contractibus bonæ fidei, vt si quidem vtriusque contrahentis commodum versetur etiam culpa, sin vnius solus dolus malus tantummodo præstetur. Si igitur in contractibus qui celebrantur in gratiam vnius dolus pręstatur, & dolo proxima lata culpa, qua quis tenetur, si eam in re debita diligentiam non exhibeat, quam solitus est in suis adhibere, promissor ea saltem lata culpa tenebitur. Itàque si seruum debitum infirmum negligat, quem si proprius esset, & non debitus, curaret, sine dubio eius negligentię nomine erit obstrictus.

His tamen non obstantibus deciditur apertissimè in textu nostro, si quæramus, an promissor teneatur de negligentia, & an culpa quod attinet ad stipulationem sit accipienda in faciendo, an in non faciendo, magis probandum esse, ità demum in culpa esse promissorem, si faciat, non si omittat, & non faciat. Itaquè si promissor negligat infirmum, quem dare promisit, non potest dici in culpa esse. Rationem suę decisionis reddit Iuris Cons. quia qui dare promisit, ad dandum, non faciendum tenetur, vndè si medicum non adhibeat,

beat, aliaque non faciat, vt seruus curetur, cum ad ea non teneatur nihil peccat, nec in culpa est, ideòque si seruus pereat, obligatio non perpætuatur.

Difficultas omnis est in tollendis con-
23 trarijs. Donellus † *ad hanc l. in princ. n.* 8. dupliciter respondet ad primum argumentum supra allatum. Primò in emptione venditione versari vtilitatem, vtriusque contrahentis; at in stipulatione de sola stipulantis vtilitate agitur, ergò ibi debitor tenetur de culpa, in stipulatione non tenetur. Secunda responsio est emptionem venditionem contractum esse bonæ fidei; & in his contractibus etiam citrà conuentionem veniunt, quæ æquum est alterum alteri præstare. At in stipulatione, vt pote contractu stricti iuris, non sunt præstanda nisi, quæ expresse sunt promissa, cum ergò dare duntaxat promiserit debitor per stipulationem, non tenetur facere, & hominem promissum curare.

Neutra responsio placet. Non prima, quia si distinctionem attendere vellemus inter contractus, quam assignare videtur Iuris Cons. *in l. contractus 23. ff. de Reg. Iur.* cuius legis authoritate nititur Donellus: dicendum esset promissorem teneri de dolo, & culpa illa quę dolo proxima est. Nam in omni contractu etiam in gratiam vnius celebrato dolus prestandus est. Et quia fraude non caret, qui eam diligentiam in re debita non adhibet, quam in suis solet *l. quod nerua ff. depos.* tenebitur promissor, si eam custodiam serui promissi non habeat, quam haberet aliorum suorum seruorum. Et tamen nullo modo tenetur promissor curare seruum debitum, etiamsi dolo curare omitteret, vt ipse idem Donellus sentit *ibidem n. 11.* Neque etiam secunda responsio satisfacit. Nam etiam venditor ad id duntaxat obligatur, vt seruum tradat, & tradendo, si dominus sit, dominium transferat *l. ex empto 11. §. 1. ff. de action. empt.* ergo & ipse non debet esse obligatus ad curandum seruum debitum, & custo-
24 diendum. Et † quamuis dici soleat in bonæ fidei contractibus ea omnia venire, quę ex fide bona sunt, etiam ea, quę non sunt expressa *§. in bonæ fidei Instit. tit. de Action. §. fin. Instit. tit. de oblig. quæ ex consensu.* quod secus est in obligationibus, & contractibus stricti iuris *d. §. fin. de oblig. quæ ex consens. l. quia tantumdem ff. de neg. gest. l. quidquid ad-*
25 *stringendę ff. de verb. oblig.* Tamen † ex bona fide esse non videtur, vt in plus quis obligetur, quam voluerit, & vt is qui promisit tradere obligetur etiam ad custodiam, & aliud facere, argumento *l. quoties 29. cum ll. sequent. l. in vendendo 66. in princ. ff. de contrah. empt.* Et licet interdum quędam in bonæ fidei contractibus veniant, de quibus expressè non conuenit, tamen ea sunt, quæ ex bono, & ęquo sunt præstanda. Itaque in proposito ostendendum in contractu emptionis venditionis æquum esse custodiam præstari, Nam in contractibus bonæ fidei non omnia indistincte veniunt *dictis ll. proximè allegatis.*

26 Ego † igitur respondeo in contractu emptionis venditoris diligentiam esse præstandam, ideò si res ex negligentia venditoris perierit, ipse tenetur *l. venditor 36. ff. de Act. empt. l. 3. ff. de peric. & comm. rei vend.* Ratio autem est, non ea sola quod emptio venditio sit bonæ fidei contractus, in quibus veniunt, quę ex fide bona sunt. Hęc enim ratio non sufficit, vt dicebamus: ostendendum enim est, qua ratione ex fide bona sit, vt custodia à venditore prestetur. Sed ideò debet venditor custodiam prestare quia ex eo, quod contracta est emptio venditio periculum intelligitur statim ad emptorem pertinere *l. necessariò ff. de peric. & comm. rei vend. §. cum autē. Instit. tit. de empt. vendit.* quod tamen irregulare est, cum periculum soleat ad dominum spectare *l. quę fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act.* Dominus autem venditor permanet, non ex sola emptione venditione fit emptor, cum non nisi traditionibus rerum dominia, non pactis transferantur. *l. traditionibus C. de pact.* Imò nec traditione emptor fit dominus, nisi vel pretio soluto, vel alio modo venditori sit satisfactum, vel fides habita sit de pretio *l. quod vendidi 19. ff. de contrahend. empt. §. vendita. Instit. tit. de rerum diuis.*

diuis. Cum itaque perire res deberet venditori, qui dominus est, pereat verò emptori ex ipso contractu contra regulas iuris: ita demum æquum est illi perire, si nihil culpa venditoris factum sit, apud quem res perijt, siue agamus de culpa, quę in faciendo, siue quę in omittendo consistat. Et hoc est quod dicitur *in l. eum qui 14. in fin. princ. ff. de furt.* periculum rei ad emptorem pertinere, dummodo custodiam venditor ante traditionem pręstet. Neque id durum existimandum est, cum sit in potestate venditoris in mora accipiendi emptorem constituere, postquam duntaxat de dolo tenetur *l. 4. §. fin. ff. de peric. & comm. rei vend. & argumento l. si mora 9. ff. sol. matrim.* Et quę ratio facit, vt in cęteris etiam contractibus regulariter culpa pręstetur, ea viget etiam in contractu emptionis venditionis. Ratio cur in cęteris contractibus culpa pręstetur, in commodato scilicet, deposito, locato, & cęteris, ea est, quia debitor rem alienam, vel ab alio acceptam restituendam suo tempore, tenet, Itaque & interim custodiendam suscipit, sicuti eam custodiret, qui tradidit. Neque enim ex eo, quod tradidit ex causa contractus, intelligi potest actum, vt liceat accipienti negligendo rem perdere, imò interim seruare, vt restituere possit, cum interim ex contractu loco domini, vel creditoris rem teneat, & tenere sæpè ità possit, vt interim nec liceat domino ei rem auferre, & ex se custodire. Itaque non solum æquum est debitorem ad custodiam teneri, verum & id actum à contrahentibus intelligi potest, nè occasione contractus interim res domino pereat, qui ipse eamdem debitori dum tradit, custodire non potest. Sic igitur & in emptione, venditione, quamuis venditor ipse dominus sit non emptor, quia tamen periculum omne rei emptę ad emptorem pertinet perindè ac si dominus ipse esset, æquum est venditorem, qui pro ipso emptore rem tenet, & suscipit seruandam donec tradat, custodiam, & diligentiam pręstare, saltem donec in mora constituat emptorem, eique denunciet, vt rem accipiat. Idque actum etiam inter contrahentes intelligi potest, dum emptor quam rem suo periculo esse voluit reliquit interim apud venditorem. Quod de venditore dicimus, idem in emptore intelligendum, si res empta vendita in ea causa sit, vt redhiberi debeat, eadem enim ratio viget. Quoniam enim vult emptor venditoris periculum esse, omneque & commodum, & incommodum perindè ac si emptio venditio numquam fuisset contracta, debet etiam interim, quamuis dominus sit, rem illam quasi alienam custodire. Hę rationes cessant in promissore. Promissor nihil accipit à stipulatore, quod ipsius stipulatoris sit, eiusue periculo, ità ut si pereat, id creditor amittat (prout in proposito periculo quid alicuius esse intelligitur) quamuis si pereat illud idem non acquirat; Duntaxat ipse promittit stipulatori dare. Dum dare promittit nullum promittit factum, ergò & nullam custodiam, maximè cum possit promittere eam rem dare, quę aliena, & apud alium sit, vt quamuis maximè vellet, nec posset ipse promissor custodiam præstare. Ergò optima ratio est, cur non teneatur promissor ex negligentia, quam reddit Iurisconsultus. Alij debitores ex alijs contractibus, licet custodiam & ipsi expresse non promittant, tamen id agere intelliguntur, vt custodiant, quia rem accipiunt à creditore ei restituendam, vt supra diximus, quod non ità est in promissore.

27 Ad secundum † respondeo textum *in d. l. 54. §. fin. ff. de petit. hared.* intelli-
gendum de possessore malę fidei. Nam
28 † possessor bonę fidei ante litem conte-
statam non tenetur de negligentia, quia
rem quasi suam neglexit *l. si quid posses-*
sor 31. §. sicuti l. sed et si 25. §. consuluit
ff. de petit. hęred. Neque obstat textus
hic noster, qui comparat possessorem
rei, quę vindicatur cum promissore;
nam textus hic de possessore bonę fidei
intelligendus est, & ità comparatio be-
29 nè procedit. Quamuis † enim is qui
conuenitur post litem contestatam prę-
do esse intelligatur, licet antea bonæ fi-
dei possessor esset *d. l. sed & si 25. §. ante*
litem d. l. si quid 31. §. sicut ff. de petit hęred.

tamen

30 tamen † saltem quantum pertinet ad periculum rei, & rei interitum constituenda est differentia inter malæ fidei possessorem, qui conuenitur, & possessorem bonæ fidei; Ille de interitu tenetur, hic verò non tenetur. Et ratio est, quia bonæ fidei possessor propter metum periculi non debet ius suum indifensum relinquere *l. Illud ff. de petit. hered.* quæ sententia verissima est contrarijs reprobatis. Ergò rectè procedit comparatio, quia possessor de interitu non tenetur, quasi in mora non esset, quia ius suum non debet indefensum relinquere, tenetur tamen de negligentia; non ratione moræ, quia sic & de interitu teneretur, prout tenetur malæfidei possessor, ergò alia quauis ratione de negligentia tenetur. Quod si de negligentia tenetur possessor, cur non tenetur etiam promissor? Sed vt argumentum resoluamus, magna est inter istos disparitas; licet enim possessor bonæ fidei, de quo, vt diximus, textus noster est intelligendus, non debeat ius suum indefensum relinquere, tamen cogitare potest rem petitoris esse, & restitutioni obnoxiam, ergò si vult sibi consulere, & cautam disputare, debet etiam diligens esse in re conseruanda, quam ipse ad sui vtilitatem, & commodum interim retinet, nec debet eius mora nocere petitori, qui vtiq; si res sibi fuisset restituta eam diligenter conseruasset, ergò de culpa possessor hac ratione tenetur, quia rem alienam retinet apud se, nec restituit, quam si restitueret dominus custodiret, ergò ille si retinere malit custodire eam debet. At in promissore nihil tale est. Ipse in mora non fuit dandi, vt supponimus. Antè moram non potest ei imputari rei interitus; nec rem custodire tenetur, quia illa non fuit creditoris, nec eam à creditore habuerat restituendam, sed imò tunc primum dandam promiserat: cum verò dare duntaxat promiserit, ad faciendum non fuit obligatus, vt supra dicebamus.

31 Ad tertium † difficilis videri potest responsio. Dico tamen hæredem teneri rem legatam custodire, non ea ratione, quia obligatus sit legatum dare, & respectu ipsius legatarij; Nam non magis quam promissor videri posset hæres ad custodiam obligatus. Sed ad id teneri ex voluntate testatoris, omne enim negocium inter defunctum, & hæredem contrahitur, *§. sed neque hares. Instit. tit. de test ordin.* Testator vniuersam hęredi dat hęreditatem, sed cum hac conditione, vt hanc, vel illam rem iure legati, vel fideicommissi huic, vel illi præstet. Accipit ergò res illas alijs restituendas, ergò & interim custodiendas, vt restituere possit, ex his quę diximus suprà ad primum argumentum. Planè ad custodiam qui res alienas accipit restituendas interdum diligentiorem, interdum minùs exactam tenetur. Nam si commodum & ipse qui accipit sentit, prout hęres est, tenetur de leui culpa *d. l. cum res 47. §. pen. ff. de leg. 1.* 32 Quod † si nullum commodum sentiat, prout est legatarius, qui rem totam legatam rogatus est alij restituere tenetur tantũ de dolo, (& consequenter de lata etiam culpa; idest ad eam diligentiã, quam in suis adhibere solet) *l. si seruus. 108. §. cumquid ff. de leg. 1.* quod tamen ità est intelligendum, si legatum agnouerit, alioqui nullo iure esset obligatus. Ex sua verò agnitione ad dolum tenetur, prout depositarius, qui & ipse nullum commodum sentit. Cęterum si legatum petere nollet, compellendus esset, quod sine suo damno facere posset, actiones suas cedere *l. si filius 33. § fin ff. de fideicom. libert. l. Imperator. 70. in princ. ff de leg. 2. l si legatarius 8 ff. de leg. 3.* Idque rescriptum est, vt constat *ex d. l. Imperator* ea ratione, quia nullum incommodum est legatarij, & quia magis eo casu voluit testator fideicommissario relinquere, quam legatario; vt fideicommissario inuito ęquum non sit legatarium repudiare, cum ipse fideicommissarius ex voluntate defuncti commodum sit accepturus, vndè solus ille videri possit honoratus *l. fideicommissa §. interdum ff. de leg. 3. l. 3. §. sed si propon. 1. ff. de leg præstand.*

33 Ad Quartum † respondeo nullib regulam illam generalem traditam esse de omnibus contractibus. In *d. l. si seruus §. cum-*

§. *cum quid ff. de leg. 1.* dictum fuit de contractibus bonæ fidei. Itaque regula illa locum habere potest in his contractibus, in quibus debitor rem creditoris accipit eidem restituendam, his enim casibus ad custodiam tenetur ratione supra à nobis allata. Cæterum in omnibus contractibus dolum vel culpam in re debita præstandam dici non potest. Videmus enim mutuatarium ratione culpæ in re accepta non teneri, cum imò res ipsa eidem pereat, ideòque possit in re sua negligens esse: obligatus enim est non eamdem rem, sed tantumdem restituere *l. 2. ff. si cert. pet. Instit. tit. quib.*
34 *mod. re contrah. oblig. in princ.* Et † sicuti dicitur *in l. contractus. in fine ff. de reg. Iur.* à nullo casus præstari, cum tamen constat vniuersalem regulam non esse; Nam imò mutuatarius casum præstat *l. incendium C. si cert. pet. §. item is cui Instit. tit. quib. mod. re contrahit. oblig.* Ità nec in vniuersum verum est in contractibus dolum vel culpam præstandam, sed sicuti regula ista ad casum neminem teneri, vera est in his duntaxat, qui res alienas accipiunt restituendas, ità & illa in contractibus dolum vel culpam præstari, in his contractibus erit intelligenda, in quibus quis rem alienam accipiendo ad eamdem restituendam obligatur, vel fortè & in alijs si qui sint, in quibus specialis vigeat ratio. Ergò regula hæc non potest ad stipulationem extendi, in qua promissor nihil à stipulatore accipit, imò rem ei primùm dare se obligat. Nec vlla specialis vrget ratio, imo verò repugnat, cum ex stipulatione ad dandum, non ad faciendum promissor se obligauerit.

De Sententia l. venditor 21. vers. quemadmodum ff. de hæred. vel act. vend. Caput. XXIV.

SVMMARIVM.

Ponitur casus legis n. 1. & sequent.

Venditor hereditatis promittit emptori eò præstare quidquid ad ipsum perueneriт ex hæreditate. n. 2.

Homine ante morã mortuo debitor nõ tenetur. n. 3.

Cur venditor hæreditatis rem hæreditariam distrahendo negocium videatur emptoris gerere non autem venditor hominis si eumdem hominem Primo venditum, vendat Secundo videatur gerere negotium Primi. Reprobatur Faber, & vera ratio affertur. n. 4.

Versic. quemadmodum ad quem sit referendus, an ad venditorem hominis, an ad venditorem hæreditatis, refertur opinio glossæ. n. 5.

Refertur, & reprobatur Anton. Faber. n. 6.

De intellectu versic. quemadmodum refertur Accursij interpretatio, & rejcitur. n. 7.

Refertur, & reijcitur interpretatio Cuiacij n. 8.

Refertur, & reprobatur Donelli expositio n. 9.

Refertur opinio Antonij Fabri, & reprobatur. n. 10.

Alia expositio eiusdem refertur. n. 11. & sequent.

Fructus ad Dominum pertinent. n. 12.

Fundus venditus, & non traditus venditoris est, non emptoris. n. 13.

Venditor fructus post venditionem perceptos, & ante traditionem, tenetur emptori restituere, & quomodo id intelligatur, n. 14.

Fructus percipiendi à malafidei possessore præstantur. n. 15.

Reprobatur Fabri expositio. n. 16.

Subijcitur interpretatio versic. quemadmodum. n. 17.

Dicebamus in precedenti capite venditorem teneri ad diligentiam præstandam, itàut si forte res vendita ex negligentia ipsius perierit, sit obligatus. Contrarium videtur responderi *in l. venditor 21. vers. quemadmodum ff. de hered. vel act. vend.* vbi habetur nihil imputari posse venditori, si fundum venditum vt alienum neglexerit. Tenetur ipse quidem fructus perceptos restituere, sed tamen licet eidem fundum negligere, & si fructus non percipiat conueniri non potest. Sed quia valdè obscura est eius versiculi sententia, videamus quid sibi velit Iuris Consultus.

Et quidem quoad hanc legem attinet omnia benè intelliguntur à Doctoribus nostris præcipuè à Doctissimo Cuiacio *ad Paulum in explic tione huius legis* & Fabro *in Ration. ad h. l.* duntaxat laborant

rant

rant in assignando intellectu eius versiculi *quemadmodum*.

3 Ergò † Iuris Conf. Paulus hunc casum proponit. Vendidit quidam hæreditatem, quam fuerat vel ex testamento, vel ab intestato consecutus. Et vt moris est, interpositæ fuerant inter emptorem, & venditorem stipulationes emptæ, & venditæ hæreditatis. Venditor rem hęreditariam à possessore quodam vindicauit, eamque consecutus vendidit. Dubitatum fuit, quid præstare venditor ex stipulatione deberet. Ratio dubitandi erat, quia † venditor ex ea stipulatione obligatur emptori pręstare quidquid ex hęreditate ad eum peruenit *l. in illa* 50. §. 1. *ff. de verb. oblig.* At negari non potest & peruenisse primùm rem ipsam, deinde & pretium. Cęterum quia bis non potest committi stipulatio, itaut & rem, & pretium emptor consequatur, ideo iusta ratio est quęrendi, quid ex stipulatione debeatur, an res, an pretium. Pro resolutione igitur difficultatis distinguit Paulus. Vel enim stipulatio interposita est postquam venditor rem ipsam hæreditariam recuperauit, & vendidit, & hoc casu inquit in stipulationem precium venisse videri. Vel stipulatio interposita est antequam venditor rem illam hæreditariam vindicaret, & consequeretur, & hoc casu rem ipsam debet. Hac posita decisione quęrit Paulus quid dicendum si post interpositam stipulationem venditor fuisset hominem consecutus, inde eum vendidisset, & is ante moram decessisset. An venditor ad precium emptori teneretur Ratio dubitandi ex eo erat, quia iam dictum est venditorem debuisse rem ipsam, & sic hominem, quem fuerat consecutus. At is ante moram decessit, itàut præstari non possit, ergò videtur venditor hęreditatis liberatus. Exemplo promissoris hominis; Nàm & is licet hominem vendiderit, si tamen homo ante moram decesserit non tenetur. Cęterum hac dubitandi ratione non obstante tacitè contrarium decidit Paulus afferens differentiæ rationem inter venditorem hæreditatis, & promissorem hominis. Venditor enim hęreditatis, dum rem hæreditariam vendit, videtur negocium agere hæreditatis, & consequenter etiam ipsius emptoris. At idem in re singulari dici non potest, nam etiam si non solum de promissore, sed & venditore hominis agatur, si is postquam Primo hominem vendidit, & non tradidit, rursus Secundo vendiderit, & pretium acceperit, homine ante moram mortuo, non tenetur. Ratio autem est, quia † homine ante moram mortuo debitor non tenetur *l. si ex legati l. si seruum §. sequitur ff. de verb. oblig.* At ex supposito mortuus ante moram is homo est, ergò venditor non tenetur. Nec quid facit hunc venditorem hominem semel venditum interim rursus vendidisse, & precium accepisse. Nam precium non tam ex re accepit, quam ex sua negociatione, & ideò precium debere non potest, qui rem debuit, non actionem, quam ex sua negociatione acquisiuerat. Ergo quoad primum emptorem perinde est ac si venditus homo secundo emptori non esset. Circumscripta hac secunda venditione non potuisset venditor primo emptori teneri, quia supponimus ante moram hominem mortuum, ergò nec tenebitur supposita secunda venditione, ex qua primus Emptor ius nullum acquirit, quia is venditor rei singularis, si post primam venditionem alteri vendat proprio nomine vendit, & suum agens negocium, non emptoris. Quod secus est in venditore hæreditatis, qui dum rem hæreditariam vendit, videtur gerere negocium & hæreditatis, & emptoris. Ratio † verò diuersitatis ea est, non quam affert Faber, cùm nemo vnquam aliquam attulerit, (vt ipse dicit in rationalibus) quia scilicet ex rescripto D. Pij vtiles actiones acquirit Emptor aduersus debitores hæreditatis. Nam hęc ratio procedere posset, si tempore venditionis

4

hæreditatis res hereditaria vendita fuisset, & emptor ad pretium fuisset obligatus, sicuti etiam procedit in omnibus debitoribus hæreditarijs. At in proposito cum uenditor hereditatis post venditam hereditatem rem hereditariam vendit, non potest dici actionem esse hereditariam, cum ipsi venditori ex sua negociatione fuerit acquisita. Quod si hæreditariam esse contendamus, ratio erit afferenda, nec alia afferri poterit, nisi quam Paulus reddit, quia venditor hereditatis negocium gerit hæreditatis, dum rem hæreditariam vendit, quod in venditore rei singularis non ità est. Rursus ergò reddenda ratio est, cur venditor hæreditatis vendendo rem hæreditariam gerat negocium hereditatis, & emptoris, non verò venditor rei singularis. Ego itaque existimo rationem esse, quia venditor hereditatis, idemque hæres adhuc post uenditam hæreditatem heres manet, vt qui solus ante rescriptum D. Pij actiones habebat, & solus etiam post illud rescriptum à creditoribus hæreditarijs conueniri potest *l. 2. C. de hæred. vel act. vendit.* Si ergò post uenditam hæreditatem rem hæreditariam uendat, adhuc vendit, quia hæres, cum ex causa hereditaria dominus sit: Cum verò hæreditatem vendiderit ut quidquid ex hæreditate acquirat restituturus sit, non suo, sed hæreditatis potius nomine uidetur uendere, & consequenter ut negocium gerat emptoris eiusdem hereditatis. At uenditor rei singularis si post primam uenditionem rursus uendat, non potest uideri id facere, tamquam uenditor, uidelicet tamquam is, qui uendidit Primo, nam ità perfidè faceret, & uendere secundo non posset. Neque enim posset videri negocium primi gerere, qui Primus voluit dato precio, uel promisso rem acquirere, si uenditor rem Secundo dare uelit, & precium ex ea Primo. Precium enim Primus ipse dare voluit, vt rem consequeretur. Ergò uenditor qui Primo uendidit, si uendat secundo, suo nomine uendit, & suum gerens negocium. In summa uenditor hæreditatis creditur uen- 1
dere tamquam hæres, prout hæres est. Non est credendum uendere tamquam prædonem *l. merito ff. pro socio*. Potest uideri gerere negocium hæreditatis, & emptoris, quia licèt uendendo hereditatem, rem etiam hæreditariam consequenter vendiderit, tamen non rem hereditariam sed vniuersitatem uendidit, quæ sicuti augeri, & minui potest, ità potest uice rei precium recipere, & continere tamquam hæreditarium. Et 4
dum rem hæreditariam vendit Secundo, non id facit tamquam uenditor hereditatis, sed tamquam heres, quo nomine dum uendit potest uideri negocium hæreditatis gerere. Venditor uerò rei singularis uendendo Secundo, non potest uideri gerere negocium Primi emptoris, nisi uendat tamquam uenditor, quod fieri non potest, vt supra diximus.

Sed redeamus ad Paulum. Assignat ipse rationem differentię inter uenditorem rei singularis, & uenditorem hæreditatis. Ille precium accipit ex sua negociatione, & suo nomine uendit, solam autem rem debet, non precium, ergò si homo Secundo uenditus ante moram Primo factam decesserit, uenditor à Primo liberatur. At cum hæreditas uenit, tacitè hoc agi uidetur, ut si quid uenditor tamquam heres fecerit, id prestet Emptori, quasi illius negocium agat. Subdit Paulus. *Quemadmodum fundi venditor fructus præstet bonę fidei ratione. Quamuis si neglexisset vt alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur*. Et hic est uersiculus, in quo omnis labor est. Primò enim non omnes consentiunt ad quem referenda sit hæc comparatio, quam facit Paulus, an ad uenditorem hominis, an ad uenditorem hæreditatis. Secundò longè maior difficultas est in sensu eiusdem uersiculi explicando.

5 Glossa † & communiter Doctores uidentur sentire comparare Paulum uenditorem fundi, cum uenditore hæreditatis

ditatis. Sicuti enim venditor hæreditatis, quod tamquam heres facit, id vt præstat emptori facere videtur, quasi illius negocium gerat, ità & fundi venditor fructus præstat ex bona fide emptori, quasi dum fundum colit, negocium eiusdem emptoris gerat.

6 Antonius † Faber *in rationalibus ad hanc l.* reprobata communi sententia, existimat comparare Paulum venditorem hominis, qui post primam venditionē hominem secundo vendidit cum venditore fundi, qui fundum negligendo fructus non percipit, vt sicuti venditor hominis pretium, quod à secundo emptore accepit non tenetur primo emptori restituere, non magis quàm si eum hominem non vendidisset; ità nec teneatur fundi venditor ad fructus restituēdos, quos non percepit, quia fundum colere neglexit; si modò vtrique speciei commune illud sit, vt mora nulla venditoris præcesserit. Verùm hæc Fabri interpretatio mihi non probatur, cum repugnent ipsa verba. Similitudo enim in eo est, quod venditor fundi fructus præstet bonæ fidei ratione. *Quemadmodum* (inquit I. C.) *fundi venditor fructus præstet bona fidei ratione* sequētia enim verba limitationem quamdam, & declarationem continent. *Quamuis si neglexisset vt alienum &c.* Et nullus dubitabit verbum illud *quemadmodum* non referri ad hunc sequentem versiculum, *quamuis si neglexisset &c.* Sed ad illum præcedentem, ergò similitudo est cum eo quod in præcedenti versiculo continetur, nihil vero habet commune cum limitatione, & declaratione quæ habetur in eodem versiculo *quemadmodum* vt dictum cum limitatione ad similitudinem conficiendam non sit coniungendum.

Quantum verò pertinet ad intellectum eius versiculi *quemadmodum* plures afferuntur interpretationes.

7 Accursius † ita videtur interpretari, vt venditor fundi teneatur ad restituendos fructus, quos percepit; si tamen fundum neglexit vt alienum, nihil possit ei imputari, dummodo sua culpa maturi fructus corrupti non sint, aut illos reddere quos percepit venditor non recuset. Sed benè reprobat illum Faber, non solum quia in his casibus non de culpa venditor teneretur, sed de dolo *l. si mora 9. ff. solut. matrim.* verùm quia cum ponat I. C. ex negligentia venditoris nullos fructus perceptos, fieri non potest, vt intellexerit I. C. de culpa, quæ versaretur in eo, quod passus esset venditor fructus corrumpi, vel quod fructus perceptos restituere nollet. Addi potest ea ratione, qua licet, ex sententia Accursij, venditori fundum negligere, & non colere, eadem eidem licere oportere fructus maturos negligere, illosque non percipere, & consequenter pati, vt corrumpantur.

8 Iacobus † Cuiacius *ad hanc l. ad Paul. lib. 16. quæst.* suprascripta verba ità intelligit, vt fundi venditor non teneatur de fructibus percipiendis, si fortè fundum neglexerit, vt alienum, neque coluerit, nisi dolus, aut culpa eius arguatur, qua factum sit, vt cum fructus percipere posset ex re vendita, non perceperit, quo casu perindè habetur ac si percepisset. Sed neque ista expositio placet; Nam vtiquè is qui fundum negligit, & non colit, fructus non percipit, quos percipere posset si coleret, ergò in culpa est, quia fructus, quos colendo percipere potuisset non percepit. Præterea, vt suprà dicebam, qua ratione potest fundi venditor fundum non colere, eadem potest negligere fructus ex eo percipere.

9 Donellus † *ad l. si seruum 91. in princ. ff. de verb. oblig. sub n. 8.* sentit ea verba intelligenda de venditore fundi alieni, qui si negligat eum vt alienum, non tenetur, ea ratione, quia nulla culpa imputari ei potest si fundum non coluerit alienum, quem inuito domino habere non potuit, ideo excusatur, *nisi si culpa eius argueretur*, vt intelligamus, Si fortè fundum à Domino habere potuerit, & non coluerit, sed habere neglexerit, de culpa eum teneri. Verùm hæc etiam Sententia plures patitur difficultates, nàm si fundum colere venditor tenetur, & ad fructus est obligatus, qui ex fundo percipi potuissent, satis in culpa ipse idem venditor est, quod

Q 2 fun-

fundum alienum vendiderit, & sicuti ex eo, quod fundum alienum vendiderit, à traditione eius fundi non excusatur, quamuis dominus fundi venditori dare fundum recuset, sed si non tradat, saltem ad id quod interest tenetur *l. 1. ff. de Action. empt.* ità nec esset excusandus si sua culpa fundum colere, vt teneretur non posset. Præterea si nulla culpa esset eius, qui etiam maximè volens non posset à vero Domino impetrare, vt fundum haberet, & eum coleret, non posset is negligens vocari, qui maxime fuit diligens, & omnem adhibuit operam, vt sibi liceret fundum colere, sed id obtinere non potuit. Addi potest, non satis illa verba *quamuis si neglexerit vt alienum, &c.* accomodari interpretationi Donelli; Nam ea ostendunt proprium venditoris fundum fuisse, neglexisse tamen eum, vt alienum, quod omne commodum, & incommodum in eo esset emptoris. Quod si id sensisset Iuris Consul. quod vult Donellus dixisset potius. *quamuis si neglexisset alienum*. Quinimò si is fuisset sensus I. C. quem comminiscitur Donellus non alienum dixisset, sed à Domino retentum, nihil enim referret alienum esse, si ipse venditor illum possideret, sed ità demum venditori illum colere non liceret, si dominus ipse eum possideret.

10 Antonius † Faber *ad l. venditor 36. ff. de Action. Empti in Ration.* asserit textum nostrum in his verbis de quibus quærimus intelligendum eo casu, quando emptor fuit in mora fundi accipiendi. Sed huic interpretationi obstat generalitas verborum, vt nimis violenta sit restrictio. Quod si ità verba acciperemus, vt vult Faber; videlicet vt quoties emptor in mora est accipiendi fundi, liceat venditori fundum negligere, & non colere, itàut nulla culpa possit ei imputari, non possent applicari sequentia verba, quę hunc casum limitant, *nisi si culpa eius argueretur* si enim nulla culpa potest venditori hoc casu imputari, quomodo de culpa argui potest?

11 Idem † Antonius Faber *in explicatione huius l. in rationalib.* considerat emptori venditorem non debere fructus ex iuris rigore, neque ex conuentione.
12 Nam † si rigorem attendamus fructus ad Dominum pertinent *l. qui scit 25. §. 1.*
13 *ff. de vsuris* fundus † autem venditus, nec dum traditus, est venditoris, non emptoris *l. cum qui 14. l. si vendidero 80. ff. de furt.* Si verò conuentionem inspiciamus, nihil de fructibus dictum est; ergò hi fructus debentur duntaxat ex æquitate, & magis officio Iudicis *argumento l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de Action. empt.* AEquum autem non videtur, vt venditor teneatur pro emptore operari, & fundum colere. Quam-
14 uis † enim dicatur venditorem teneri fructus post venditionem ante traditionem perceptos restituere *l. Iulianus §. si fructibus ff. de action. empt. l. videamus §. ex causa ff. de vsur. l. pen. C. de Action. empt.* quod intelligitur si pretium numeratum sit, vt declarat Paulus *lib. 2. sent. de empt. vendit.* quem emendandum ex absterssioribus libris testatur Cuiacius *ad Paul. lib. 16; quęst. in explicat. huius l.* Tamen de illis fructibus est accipiendum, qui à venditore sunt percepti, non etiam de illis, qui percipi po-
15 tuerant, qui † à solo malę fidei possessore præstantur *l. si nauis 62. ff. de rei vindic.* Quamuis enim rem ipsam custodire venditor teneatur, non tamen eadem ratione debet fundum colere pro ipso emptore; aliud enim est fundum custodire, aliud pro emptore operari, & fundum colere. Si enim emptor negligentiam venditori obijciat in non colendo, potest venditor emptori replicare magis negligentem fuisse ipsum in re empta accipienda, cui magis sua nocere, quam venditoris negligentia prodesse debet. Quod si emptor fortè ad rem tradendam venditorem interpellasset, & is in mora fuisset, tunc culpa venditoris rectè argueretur, & teneretur etiam ad fructus percipiendos; & hunc putat Faber esse intellectum eorum verborum, *nisi si culpa eius argueretur* vt nomine culpæ moram Paulus significet.

16 Quæ † quidem Fabri expositio satis est colorata, & prima facie probabilis vide-

videtur. Cęterum ex eo ipso textu quo vtitur Faber, quem asserit casum similem nostro continere, reijcitur. Nempè *ex l. si mora 9. ff. solut. matrim.* Nam si in mora fit mulier què minus fundum soluto matrimonio à marito recipiat, de dolo duntaxat maritus tenetur. Redditur ibi ratio, *ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur*. ergò circumscripta mora mulieris, maritus fundum colere tenetur, ergò tenebitur & venditor, apud quem fundum emptor reliquit, nec adeo sollicitus fuit, vt illum à venditore acciperet, sperans venditorem id omne facturum, quod ipse emptor faceret, si fundum haberet: suo enim loco venditorem constituit. dum consensit apud eumdem fundum, qui iam periculo suo, (ipsius scilicet emptoris) erat, relinquere. Neque id durum videri debet: si enim onus illud colendi nimis graue venditori videatur, promptum, & facile ei est remedium, quo possit ab eo se liberare, nempè dum emptorem interpellat ad fundum accipiendum. Quod si non faciat, & malit fundum retinere, debet etiam in eo versari diligenter, eaque omnia facere, quę diligens quisque paterfamilias faceret. Ità enim actum inter contrahentes videtur tacitè, dum emptor fundum ipsum emptum apud venditorem reliquit, vt dicebam in simili *cap. praeced. n. 26.* nec aliquam negligentiam venditor emptori potest imputare in fundo accipiendo, nisi ipse ad accipiendum fundum illum interpellet. Si enim venditor taceat, manet semper illa tacita conuentio, vt venditor & custodiam, & diligentiam in re vendita pręstet, & consequenter vt colere etiam teneatur.

17 Ego † existimo verba illa *quemadmodum fundi venditor fructus praestet bona fidei ratione* referenda ad proximè pręcedentia, vt contineant similitudinem, & comparationem venditoris fundi cum venditore hæreditatis. Sicut enim cum hęreditas venit tacitè hoc agi videtur, vt si quid venditor tamquam hęres fecerit, id præstet emptori, ità & cum quis vendit fundum, id tacitè conuenire videtur, vt pręstet fructus bonę fidei ratione. Illa enim verba, *quemadmodum fundi venditor fructus pręstet bona fidei ratione* quę nullum sensum congruum habere videntur, ità sunt intelligenda, vt suppleantur, & subintelligantur verba illa praecedentia *tacitè hoc agi videtur* ut sensus sit *quemadmodum, & hoc tacitè agi videtur, fundi venditor fructus praestet bona fidei ratione*. Nàm non alia ratione fundi venditor fructus præstat, quam quia cum periculum omne spectet ad emptorem, ęquum est & ex bona fide, vt ad eumdem etiam pertineat omne commodum, quod ex re ipsa prouenit *l. 1. C. de peric. & commo. rei vend.* vt videtur deduci *ex l. fructus 13. C. de Action. empt.* quam rationem probat Cuiacius *ad tit. eumdem C. de act. empt.* Cum igitur id actum sit inter emptorem, & venditorem, vt periculum rei venditæ ad emptorem spectet, ex fide bona, & tacitè actum etiam videtur, vt venditor fructus, quos ex re vendita percipit restituat; & hic est verissimus sensus eorum verborum, quæ à Doctoribus nostris non possunt explicari, quin corrigantur. Alij enim legunt *pręstat*. Alij *pręstares* omnibus enim videtur nullum sensum esse si legatur *praestet* & tamen ità in omnibus Codicibus legitur. Et ex hoc magis probatur, imò conuincitur comparationem fieri non cum venditore hominis, sed cum venditore hereditatis, vt nos sentimus cum glossa, & communiter cum Doctoribus, licèt illi verba non ità explicent.

Plus difficultatis est in explicandis verbis sequentibus. *quamuis si neglexisset vt alienum, nihil ei imputare posset, nisi si culpa eius argueretur*. Quæ quidem verba omnes intelligunt de venditore fundi, qui quidem tenetur fructus perceptos pręstare, sed dicunt non teneri de percipiendis, nisi si culpa eius arguatur. Mihi vero non videtur verisimile Iuris Conf. hęc verba ad fundi venditorem retulisse, quod quidem si agere voluisset fuisset impertinens, & intempestiuum. Cum enim in hoc textu id quærat an venditor hęreditatis, qui primùm rem fuit consecutus, inde eam distraxit, mortuo homine ante moram teneatur

neatur ad pretium emptori hæreditatis, & tacitè resoluat, ad pretium teneri, allata ratione differentię inter venditorem hęreditatis, & venditorem hominis, intermixta maioris declarationis causa similitudine vēditoris fundi, qui tacitè id agere videtur, vt fructus prętet. Finita & perfecta similitudine quid attinet discedere Iuris Conf. à sua quæstione, & velle docere, quando fundi venditor ad fructus teneatur? Non dictum est de venditore fundi principaliter, sed incidenter fructus eum præstare ex tacita conuentione, & dictum est satis quantum ad principalem quęstionem adiuuandam, & magis explicandam, siuè ornandam attinet. Intempestiuum ergò esset principalem quęstionem deserere, vel interim suspendere, & ad extraneum tractatum accedere, vt rursus reditus fieret ad primę illi & principali affines quęstiones. Existimo igitur hæc verba, *quamuis si neglexisset vt alienum nihil ei posset imputare, nisi si culpa eius argueretur*, referenda esse ad venditorem hæreditatis. Proposuerat enim quęstionem Paulus de eo venditore hæreditatis, qui post interpositam stipulationem rem nactus hominem distraxerat, qui antè moram decesserat, an precium deberet. Et pro ratione dubitandi argumentum sumpserat ab hominis promissore, & etiam à venditore hominis. Sed vt quęstionem resolueret assignauit tandem rationem differentię inter venditorem hominis, & venditorem hęreditatis, quæ conclusa est in illis verbis, *quemadmodum fundi venditor fructus prœstet bona fides ratione.* Qua differentiæ ratione allata tacitè, sed necessariò ostendit Paulus in ea sententia se esse vt venditor hęreditatis ad precium teneatur; quod tacitè actum videatur, vt si quid tamquam hęres fecerit, id emptori pręstet, quasi illius negocium agat. Hinc dubitatio potuisset excitari, an ergò teneretur venditor hęreditatis homine mortuo, si eum non distraxisset; & dubitandi ratio ex eo esse poterat, quod hoc casu non vendendo negocium hæreditatis & emptoris vtiliter gerere omisisset, vt videretur de negligentia teneri. Monet igitur Paulus non teneri venditorem, si fortè seruum vt alienum neglexisset, & vendere non curasset. Licet enim tacitè actum videatur, vt si quid venditor tamquam hæres fecerit, id pręstet emptori, quasi illius negocium agat, tamen id verum est, & locum habet emptore factum venditoris approbante, & ratum habente; Alioqui cum venditio rei hęreditarię, quę sui natura seruari potest, possit ex euentu & vtilis esse, & non vtilis; & sępius intersit nostra, aut saltem magis velimus rem habere, quam precium, potest emptor hæreditatis, venditionem improbando agere aduersus venditorem ex empto *l. qui tibi 6. C. de hęred. vel act. vend.* Non tenetur igitur venditor hæreditatis hominem distrahere, imò dum vendit potius fidem frangit *d. l. 6. C. de hęred. vel act. vend.* quamuis si fecerit possit factum eius emptor ratum habere, & quasi negocio eius gesto precium consequi. Ergò resoluit Paulus venditorem hęreditatis, qui hominem quem recuperauerat vendidit, qui quidem homo ante moram mortuus est, teneri ad precium hominis. Subdit declarationem ad tollendam difficultatem quæ potuisset exoriri. *Quamuis si vt alienum neglexisset, nihil ei imputare possit.* quibus verbis nihil aliud significat Paulus nisi venditorem hæreditatis non teneri si hominem, vt alienum neglexisset distrahere, & is mortuus ante moram esset, nempè quia distrahere non tenebatur, sed custodire; Imò distrahendo potius contrà fidem faciebat. Ergo si neglexisset, non teneretur. Hæc verba *si neglexisset* opponũtur ei casui, quo homo venditus est, negligentia igitur intelligenda in eo, quod omiserit venditor facere id, quod primo casu fecerat. Et id magis conuincunt verba sequentia, *nisi si culpa eius argueretur*, quæ ostendunt non de omni negligentia verba præcedentia esse accipienda, quia imò de culpa venditor tenetur: ergo negligentia accipienda est in eo omittendo, quod antea fecisse proponebatur. Sensus ergò Pauli, vt concludam, is est. Venditor hęreditatis, qui hominem est con-

consecutus, si postea illum vendiderit, & precium acceperit, licet homo ante moram mortuus sit, tenetur ad precium. *Quamuis si, ut alienum, neglexisset* quamuis si uendere eum neglexisset ut alienum, & ut illum, in quo omne commodum spectabat ad emptorem, quem eumdem si ad sui commodum, & periculum spectasset uendidisset *nihil ei imputare possit*. Emptor non possit imputare, quod non uendiderit, ut scilicet precium hominis mortui, uel id quod interest distractum non esse, consequatur, uel etiam petat ipsum hominem quasi adhuc extaret, quia scilicet ante moram ponitur decessisse. *Nisi si culpa eius argueretur*. In his uerbis ponitur exceptio ad proximè præcedentia, quibus dictum erat uenditorem homine non distracto, si ille ante moram decessisset, non teneri, neque ad rem neque ad precium, & nihil ei imputari posse. Nam id ità demum uerum est, *nisi si culpa eius argueretur* si non allegetur, & probetur culpa ipsius uenditoris hereditatis hominem mortuum; uel quod morti ipse causam dederit committendo, uel quod curam eius neglexerit, ad quam uenditor tenetur, ut diximus precedenti capite, quibus casibus perpetuatur obligatio *l. si seruum 91. ff. de verb. oblig. iunctis his quæ d. cap. præced. diximus*.

Examinatur l. si mancipium 51. ff. de AEdil. edict. Cap. XXV.

SVMMARIVM.

AN serui, & Procuratoris scientia noceat domino, an ignorantia prosit. Proponitur decisio, & distinctio Africani. n. 1.

Dominus ignorans rem litigiosam mandans seruo scienti, vt eam emat, pœna litigiosi non tenetur. n. 2. & cur. n. 13.

Dominus vsucapit, si seruus ei persuadeat rem se emisse quam non emit. n. 3.

Idem dicitur si Procurator ipsi falsò persuadeat. n. 8. & cur. n. 14. & 19.

Scientia alterius alteri nocere non debet, nec ignorantia prodesse. n. 4. quomodo intelligatur. n. 15.

Seruus si emat æs, quod aurum existimat, dominus verò scit æs esse, cuius existimatio sit attendenda n. 5. & 6. & n. 16.

Scientia filij non patris attenditur circa tempora bonorum possessionis. n. 7.

Dominus mandans emi, quem seruum existimat, Procurator verò liberum esse scit, actionem habet aduersus hominem emptum, nec scientia procuratoris ei nocet. n. 9. & cur. n. 20.

Quod si è contrà Dominus sciat, ignoret Procurator, Procuratoris ignorantia domino non prodest. n. 10. & cur. n. 21.

Dominus acquirit possessionem fundi, quem errans procurator accipit, si ipse dominus non erret n. 11. & cur. n. 22.

Si Dominus mandet sciens fugitiuum emi, licet procurator ignoret, venditor actione ex empto non tenetur. n. 12. & cur. n. 23.

Quid intersit vsucapio procedat ex causa peculiari, an non, & an dominus præsens sit emptioni. n. 17.

Quid intersit inter seruum, & Procuratorem in acquirenda domino actione. n. 18.

LIcet soleat Africanus in suis sententijs admodum obscurus esse, in hac tamen lege apertam & claram exhibuit decisionem, qua in eo uersatur, ut intelligamus cuius scientia sit attendenda ad hoc ut si mancipium morbosum, uel uitiosum seruus emat, uel Procurator redhibitoria, uel ex empto actione agi possit; an serui uel Procuratoris, an potius domini.

Et primo loco docet Africanus, quid dicendum sit, si seruus ipse emat, & de seruo prius sciente loquitur, indè de ignorante.

1 Ergò si seruus mancipium morbosum, uel uitiosum emat, omni modò quoad actionem redhibitoriam, uel ex empto, scientiam serui spectandam tradit Africanus, non domini. Nec distinguendum putat, an seruus peculiari ex causa, an nomine domini emerit, & an emerit certum, uel incertum ex domini mandato. Reddit uerò rationem suæ decisionis hanc, quia his casibus seruus ipse,

qui

qui sciuit morbum, & vitium mancipii, & cum quo negocium gestum est, deceptus non fuit, & delictum, idest stultitia eiusdem serui domino nocere debet ex cuius contractu vult ipse actionem acquirere.

De seruo verò ignorante vnicum casum proponit Africanus: nempè si seruus ignorans emerit hominem fugitiuum mandato domini, quem ipse dominus fugitiuum sciret. Hoc verò casu inquit Africanus Domino actionem non dari. Vnde conijcere licet extrà hunc casum ignorantiam serui prodesse domino. Si ergò seruus ignorans vel ex causa peculiari, vel ex mandato domini mancipium incertum emerit vitiosum, dominus agere poterit redhibitoria actione, vel ex empto, quia licèt ipse dominus sciuerit hominem à seruo emptum vitiosum esse, non tamen sciuit, vel mandauit illum emi, ergò nihil est, quod ex sua persona domino obijci possit. Quod si fortè filius, vel seruus etiam ex causa peculiari patre, vel domino presente hominem ignorans emerit, quem Pater, vel dominus vitiosum scit, repellendus Pater, vel Dominus est, si modò possit filium, vel seruum emere prohibere. *l. imò §. fin. ff. de liber. caus.* Idem dicendum, si mandauerit incertum hominem emi, nam si præsens fuerit dominus, cum seruus ex mandato suo emit eum, quem ipse dominus vitiosum sciuit, repellendus similiter erit volens ex ea causa rescindere emptionem venditionem, Nam & in hoc casu eadem ratio viget, quæ in casu antecedenti, quando filius, vel seruus Domino presente, vel Patre ex causa peculiari emit.

De Procuratore verò breuiter respondet Africanus, eius scientiam quoad actionem redhibitoriam domino nocere, quamuis fortè dominus aduersus Procuratorem alia actione agere possit mandati, vel negociorum gestorum; Et è contrà Procuratoris ignorantiam indistinctè etiam domino scienti prodesse, itàut si procurator ipse redhibitoria agat, ex persona domini vtilis exceptio ei opponi non possit.

De mente igitur Africani in hac *l.* dubitari nō potest, potest tamen iustis rationibus dubitari de veritate eius decisionis.

Nam in primis, quod de scientia serui tradit Africanus, eam indistinctè domino nocere, redargui potest.

2 Primò † *ex l. 2. ff. de litig.* vbi si dominus mandauerit seruo, vt rem litigiosam emeret, quam seruus litigiosam sciret, dominus autem ignoraret, dominus pœna litigiosi non tenetur; ergò scientia serui domino non nocet. Cur igitur indistinctè nocet *in d. l. cum mancipiũ* etiamsi ex mandato domini ignorantis seruus emerit? Simile est quod respondetur *in l. si opus §. 1. ff quod vi, aut clam.* Si enim mãdauero seruo meo, vt opus faceret, ipse verò suspicaretur aliquẽ prohibiturum, ego autem non, serui suspicio non est attendenda, nec mihi nocet, itaut interdicto *quod vi aut clam* conueniri non possim.

3 Secundo † obstat *l. quod vulgò ff pro empt.* vbi si dominus mandauerit seruo, vt rem emeret, ipse verò cũ fortè ex alia causa, nõ tamen iusta ad dominij translationem eam accepisset, eamdem domino tradiderit, eique persuaserit se emisse, procedit vsucapio, & sic mala fides, & scientia serui domino non nocet.

4 Tertio † obstat *l. iniquissimum 5. ff. de iuris, & fact. ignor.* vbi iniquissimum dicitur, scientiam alterius, alteri nocere, vel ignorantiam prodesse.

5 Quarto † resistere videtur textus *in l. in huiusmodi 12. ff. de contrah. empt.* vbi si seruus emerit ęs, quod dominus pręsens aurum existimabat, quęritur, an valeat venditio. Respondetur valere, sed ità demum; & cum hac conditione, si suo nomine emerit, idest ex causa peculiari, vt bene explicat Faber *ad eum textum in Rational.* omninò enim in hoc casu serui existimatio est attendenda. Ergò extrà causam peculij si seruus emerit nomine domini, eoque mandante, non scientia ipsius serui, qui ęs emit sciens ęs esse, est attendenda, sed domini existimatio, qui credidit aurum esse, ideo emptio venditio non valebit. Cur ergò ex bona fide est in *l.* quam explicamus scientiam serui nocere domino

no

ne certum hominem emi mandanti, eidemque ignoranti; non autem ex bona fide eit nocere *in d. l. 12. ff. de contr. empt.* Quod si consideremus Africani responsum de seruo ignorante, cuius ignorantiam vult domino scienti non prodesse.

6 Rursus † videtur obstare *d. l. in huiusmodi 12. de contr. empt.* Nam ignorantia serui qui æs emit, aurum esse existimans, prodest domino scienti, cum ibi dicatur omninò existimatio eius attendenda, qui contrahit. Quod si velimus distinguere inter causam peculiarem, & non peculiarem, vt in illa prosit ignorantia serui, secus in ista. Adhuc falsa videri poterit distinctio. Nam si seruus bona fide, & sic ignorans rem alienam esse, emerit ex causa peculiari, quam dominus eo ipso tempore scit alienam, vsucapio non procedit, & serui ignorantia domino non prodest *l. 2. §. si seruus bona fide ff. pro emptor.*

7 Secundo † videtur obstare *l. 3. ff. quis ord. in bon. poss. seru.* vbi circa tempora bonorum possessionis attenditur scientia, vel ignorantia filij non Patris, ergò filij ignorantia Patri scienti prodest. Idem ergò dicendum in seruo, cum valeat de filio fam. ad seruum argumentum.

Tertiò duci potest argumentum à Procuratore ad ipsum seruum. Nam de Procuratore Africanus in hac ipsa *l.* respondet indistinctè quoad actionem redhibitoriam ipsius ignorantiam esse attendendam, quamuis dominus ipse sciuerit, qui seruum vitiosum emi mandauerit. Cur ergò idem non respondit in seruo? & quænam est inter seruum, & Procuratorem differentiæ ratio?

Quarto quoties seruus emit mandato domini hominem certum, vel volumus considerare seruum ipsum contrahentē, vel domini personam, quasi hoc casu ipse dominus contrahat. Si seruum ipsum; & ex bona fide est seruum, cum quo negocium geritur deceptum non esse, vt dicitur in hoc nostro contextu; vtique ipsius ignorantia erit attendenda, quamuis dominus sciat. Si verò personam domini considerare velimus, quasi ipse contrahat cum certum hominem emi seruó mandat. Cur domino ignoranti mancipium morbosum, vel vitiosum venditor vitium, vel morbum dicere non tenetur, sed sat est seruum ipsum morbum, vel vitium scire, vt ipse idem Africanus respondet?

8 Tandem † quantum pertinet ad procuratorem, dum respondentur eius scientiam attendendam. Primò obstat *l. quod vulgò ff. pro emptor.* Nam non solùm de seruo, sed & de Procuratore ibi respondetur persuadente domino, se emisse, quod non emit, cuius scientia domino ignoranti non obest.

9 Secundo † obstat *l. in seruo 17 ff. de liber. caus.* vbi si mandauerim procuratori, vt eum mihi emat, quem ego liberum ignorauerim, ipse verò Procurator sciuerit, mihi aduersus hominem emptum datur actio in duplum, nec scientia Procuratoris attenditur.

10 Rursus † dum dicitur Procuratoris ignorantiam inspiciendam. Obstat idem textus *in l. in seruo 17. ff. de lib. caus.* vbi si dominus sciens hominem liberum, mandet Procuratori, vt eum emat, qui liberum esse ignoret, scientia domini nocet; Procuratoris ignorantia non prodest, adeo vt nec ipse Procurator agere possit.

11 Secundo † obstat *l. si me in vacuam §. 1. ff. de acq. poss.* vbi ignorantia Procuratoris non attenditur, sed existimatio domini. Vndè si procurator in accipienda possessione erret, existimet fortè alium fundum se accipere, quam eum, quem accipit; dominus non erret; Dominus acquirit possessionem.

12 Tertio † obstat *l. sed si seruo 13. ff. de contrah. empt.* vbi si dominus Procuratori mandauerit emi hominem sciens fugitiuum, licet Procurator ignorauerit, tamen dicitur venditorem actione ex empto non teneri, ergò falsum est quod respondet *in hac l. mancipium* Africanus ex sua ignorantia agere posse procuratorem nec vtilem exceptionem ei ex persona domini opponi posse.

His tamen nō obstātibus, retinenda est, & defendenda in omni sui parte, tanquā

R verit.

verissima decisio Africani. De cuius veritate magis apparebit, si fuerit ea ab obiectis vindicata.

13 Non † obstat igitur primum argumentum quo probabatur scientiam serui domino non nocere, desumptum *ex l. 2. ff. de litigios. & l. si opus. §. 1. ff. quod vi, aut clam.* Respondeo etenim seruum ementem ex domini voluntate etiam rem litigiosam, quam litigiosam scit non delinquere, quia ipse non ex sua voluntate contrahit; sed contrahendo, & emendo alienam exequitur voluntatem: nempè domini mandantis, cui parere debet, & dum paret in leuioribus delictis excusatur *l. is qui in puteum 11. §. si tutoris ff. quod vi aut clam. l. si tacitum 13. ff. ad l. falc. l. liber homo 37. ff. ad l. Aquil. l. 2. §. 1. ff. de noxal. act. l. diuus §. & quatenus ff. ad l. Corn. de fals. l. seruus 20. ff. de act. & oblig. l. ad ea 157. ff. de Reg. iur.* Neque enim velle videri potest qui obsequitur imperio Patris, vel domini *l. 4. ff. de Reg. iur.* Cum itaquè seruus etiam sciens rem litigiosam non delinquat, nec deliquerit dominus, qui rem litigiosam ignorauit, cessat litigiosi pęna. At in casu legis nostræ quamuis seruus ex domini mandato mancipium emat, si tamen morbosum, vitiosum sciat, redhibitoriæ actioni locus non est, quia verum est cum seruo negocium gestum esse, qui quidem cum deceptus non fuerit, cessat redhibitoria actio, vt clarius, & latius infrà explicabimus. Quod diximus *ad l. 2. ff. de litigios.* idem repetendum *ad l. si opus §. 1. ff. quod vi, aut clam.* ibi enim quamuis seruus faciat, non tamen ex sui voluntate facit, sed executor est voluntatis domini. Domini ergò existimatio est attendenda.

14 Ad † secundum respondeo in casu *l. quod vulgo ff. pro emptor.* agi de domino, qui ipse per se; ex sua persona, ex sua opinione vsucapit, qui quidem dum rem accipit à seruo, in bona fide est, iustam etiam causam habet existimandi rem emptam esse, prout mandauerat; ergò cum receptum fuerit iustum tituli errorem ad vsucapionem prodesse *d. l. quod vulgò l. fin. ff. pro suo* non minus si vsucapiat. Neque enim scientia serui ei nocet, qui in hoc casu, tamquam quilibet extraneus est; qui sciret rem alienam; scientiam verò alterius, alteri non nocere certum est *l. iniquissimum ff. de iur. & fact. ignor.*

15 Ad † tertium respondeo regulariter scientiam vnius alteri nocere iniquum esse, & ignorantiam similiter alterius, alteri prodesse. Cęterum si quis vtatur alterius ministerio, & ex ipsius facto, ex eius contractu velit actionem mouere, necesse est scientiam illius, qui contraxit ei nocere; maximè in his; in quibus sat est, vt sciuerit, qui contraxit, prout in casu nostro, in quo cum seruus ipse contraxerit, non dominus, & ex contractu serui dominus agere velit, scientiam serui attendi necesse est. Prout etiam videmus multum interesse dominus per seruũ ex causa peculiari vsucapiat, an verò ipse vsucapiat per se vt infrà dicetur.

16 Ad † quartum non ità facile est meo iudicio respondere. Dico tamen seruum ementem rem certam mandato domini, non tam ipsum velle, quam exequi domini voluntatem, vt dicebam suprà ad primum argumentum. Itaquè magis ipsius domini voluntas attendenda circa rem, quam emi mandauit, quàm serui, qui dum obsequitur imperio domini, nec velle creditur. Si igitur dominus iubeat seruum emere æs, quod ipse aurum credit, licèt seruus sciat æs esse, cum tamen domini voluntas sit attendenda, non valebit contractus, deficiente scilicet consensu. Neque enim dominus in materiam consensit. At in nostro contextu non de voluntate quęstio est, sed de scientia morbi, vel vitij, quam quidem scientiam sat est eum habere, qui contrahit, & cum quo negocium geritur; quamuis enim dominus nesciat mancipium morbosum, vel vitiosum esse, tamen dum illud emi seruo mandat in corpus consentit. Itaque tenet contractus etiamsi voluntatem domini inspiciamus. Seruus verò, qui ipse con-

contrahit, & cum quo negocium geritur, scit vitium, scit morbum mancipij, ergò ex fide bona non est, vt rescindatur contractus, nullumque remedium superest Domino. Nam neque potest agere actione ciuili ex empto ad id quod interest, vel quanti minoris fuisset empturus, si sciisset. Non quidem ad id quod interest, quia huic actioni eo casu locus est, quo venditor emptorem sciens decepit *L. Iulianus 13. in princip. ff. de actian. empt.* In hoc autem casu seruum venditor non decepit, qui sciebat rei vitium, & cum quo negocium contraxit. Hęc etiam quanti minoris fuisset empturus, quia pretium ipse dominus non dixit, sed seruus, cui in hoc, & in cæteris etiam, præter rem ipsam emendam negocium dominus commisit, ideoque eius facto stare debet. Hac eadem ratione non potest dominus agere actione quanti minoris æstimia. Fandem nec potest agere actione redhibitoria, quamuis videatur dominus re ipsa deceptus, qui morbum, vitium hominis non sciuit, quod si sciuisset, vtiquè fortè non mandasset emi, quia ędiles hanc actionem proposuerunt, vt occurrerent fallacijs vendentium, & succurrerent emptoribus, quicunque decepti à venditoribus fuissent, siuè eorum calliditate, siue ignorantia *l. 2. §. causa ff. de ędil. edict.* At in proposito emptor fuit seruus. Ille est, qui contraxit, & cum quo venditor negocium gessit; is deceptus non est, ergò cessat actio redhibitoria. Venditor enim hoc casu, nec ex ignorantia, nec ex calliditate quid peccauit. Nihil est quod venditori possit imputari, cum is, cum quo negocium gestum est, deceptus non fuerit. Nec enim tenetur venditor vitium, vel morbum denunciare domino, cum quo ipse non contrahit, & qui dominus per se contrahere non vult, sed per seruum, & cuius mandatum fortè venditor ignorat. Non ergò venditor delinquit, nec est cur ædiles venditoris delictum, taciturnitatem puniant. Delinquit potius seruus, qui ipse dominum monere deberet, cuius delictum ipsi domino, non venditori nocere debet.

2. Dices, cur *in d. l. in huiusmodi 12. ff. de contrah. empt.* existimatio filij, vel serui est attendenda; licet Pater, vel dominus sit præsens, si ex causa peculiari illi contrahant. Non tamen ignorantia filij attenditur, si pater sciat, & præsens sit, quamuis filius ex causa peculiari contrahat *in l. emol. fin. ff. de lib. caus.* Respondeo *in l. imol. fin. ff. de liber. caus.* Patrem agere velle, qui idem sciuit liberum esse eum, qui venderetur; & consensit emi à filio. Cum ergò emolumentum actionis is velit consequi, & actionem exercere qui sciuit, obstare ei æquum est suam scientiam. Neque enim dolo aliquo caret, qui sciens patitur liberum emi, vt actionem aduersus eum acquirat; aut saltem hoc casu æquitas cessat, & causa, ex qua actio datur, quod scilicet deceptus sit, qui emit. Quamuis enim hoc casu is qui emit deceptus fuerit, non est tamen deceptus, imò sciens fuit ille, qui emolumentum erat ex illo contractu acquisiturus. Indignus ergò est qui actionem acquirat Pater, qui sciuit liberum esse eum, qui emeretur, & præsens fuit, & potuit emi prohibere. At in *l. in huiusmodi* nihil tale est. Emit filius, vel seruus æs, quod aurum existimat ex causa peculiari. Pater verò præsens est, & scit ęs esse. Existimatio filij est attendenda, nec nocet Patri sua scientia. Ratio est, quia hoc casu agitur de actione danda aduersus Patrem, quæ ex sola eius scientia oriri non potest, sed ex contractu. Contractus initus est non cum Patre licet præsente, sed cum filio, ergò si filius aurum existimauerit, quod erat æs, vtiquè non consensit, ergò deficiente consensu, deficit contractus, & ex contractu nullo nulla actio esse potest. Actionis ortum, vel exer-

citium etiam stante causa ad actionem producendam sufficiente, facile est impedire, dum vel quid plus ad actionem requirimus, vel equitas quoquo modo deficit. At sine causa actionem produci est impossibile. Quod si ponamus Patrem ipsum errasse vel Dominum, seruũ verò, vel filium sciuisse, & consensisse, dabitur aduersus Patrem actio, vel dominum, nequè vlla equitas erit denegandæ, vel impediendæ actionis ex ignorantia, vel errore Patris, vel domini; Nam cum Patre, vel Domino res gesta non est, nec ex suo contractu Pater, vel Dominus conuenitur, sed ex contractu serui vel filij, qui sciuit & consensit.

Quantum pertinet ad ea, quæ obiecta fuerunt aduersus responsum Africani de serui ignorantia, quam voluit Africanus domino scienti non prodesse.

Non obstat primum desumptum *ex d. l. in huiusmodi 12. ff. de contr. empt.* Nam ibi non agitur de re empta domini mandatu, prout in casu nostræ legis, sed imò de re ex causa peculiari empta. Attendenda est igitur existimatio filij vel serui ad hoc vt contractus consistat, vel non, cum seruus ipse, vel filius contrahat. Nec quid Patris opinio potest operari, qui nec contrahit, nec contrahere videri potest, prout illo casu, quo rem certam emi mandauit, vt suprà explicauimus. Planè contractus ex consensu serui, vel filij contrahentis omninò essentiam sumit, *vt in d.l. in huiusmodi*. Actio verò etiam ex contractu serui, vel filij iusta de causa potest impediri cessante æquitate, vt in casu nostro. Actionem enim impedire facile est saltem data exceptione; non sic contractum deficientibus substantialibus in esse deducere, vel requisitis omnibus concurrentibus ad productionem, efficere, nè consistat.

17 Non † obstat quod dicebatur falsam esse distinctionem inter causam peculiarem, & non peculiarem, vt in illa prosit ignorantia, secus in ista, falsitasque probabatur *ex l. 2. §. si seruus bona fide ff. pro emptor.* Nam si agatur de vsucapione rei ex causa peculiari acquisitę, & seruus ignoret rem illam alienam esse, & sic in bona fide sit, eius ignorantia, eius bona fides domino prodest *l. 2. §. si seruus tuus & § 9. sequent. ff. pro empt.* Ratio autem est, quia receptum est, vt ex causa peculiari vsucapio procedat etiam domino ignorante. *l. iusto §. fin. ff. de vsucap. l. 2. ff. pro solut.* Itaquè cum dominus ipse ex suo facto, ex sua opinione non vsucapiat, eius bona fides non exigitur, sed sat est, vt seruus bona fide cęperit possidere; cum enim hoc casu inchoetur vsucapio, etiam si postea dominus rem alienam sciret, non tamen interrumperetur, quia initium vsucapionis sine vitio fuit. *d. l. 2. §. si seruus bona fide*. Planè si dominus eo ipso tempore, quo seruus emit fortè præsens sit, & sciat rem alienam, non venditoris esse, & ità in mala fide sit, non prodest ei bona fides serui, sed magis sua sibi scientia, & mala fides nocet; hoc enim casu ipse vult incipere vsucapere, non potest autem, cum initium sit vitiolum, & in mala fide sit. Iure singulari receptum est vt dominus etiam ignorans vsucapiat, & sufficiat bona fides serui in causa peculiari. Cęterum vt dominus sciens rem alienam ex causa peculiari acquisitam, eamdem in mala fide constitutus vsucapere incipiat nullo iure constitutum est. Ergo succedit ius commune, vt possessor malæfidei vsucapere non possit, & ità procedit textus in contrarium allegatus *in d. l. 2. §. si seruus bona fide ff. pro emptor.*

Ad secundum respondeo bonorum possessionem deferri filio, non Patri, sicuti & hęreditas, itàut filius ipse, non Pater agnoscere bonorum possessionem debeat, vt ea acquiratur; prout idem docuimus in seruo *lib. 1. Interp. Iur. cap. 46. n. 1. & sequen.* Ergò non mirum, si ipsius filij scientia sit attendenda, qui ad bonorum possessionem vocatur.

18 Ad † tertium respondeo argumentum non procedere à Procuratore ad seruum. Nam seruus obligationem domino acquirit. *Instit. tit. per quas pers. nob. acquir. oblig.* nec distincta est persona serui in acquirendo à persona domini,

ni, sed vna & eadem esse videtur *§. ei verò instit. tit. de inutil. stipul.* Et ex serui contractu vnica nascitur actio, quę domino acquiritur. At verò secus omnia sunt in Procuratore. Procurator Domino actionem acquirere non potest. *l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig. l. solutum 11. § per liberam pen. §. fin. ff. de pignor. act.* Sed obligationem, & actionem sibi acquirit: *d. §. pen. & fin.* itàut sine cessione ea in dominum non transeat *l. possessio 49. §. fin. ff. de acquir. possess.* Et licet interdum vtilis actio domino quæratur ex contractu Procuratoris *l. Iulianus 13. §. si procurator 25. de action. empt. cum similib.* tamen duæ sunt his casibus actiones, altera directa quæ procuratori competit, altera vtilis, quę datur domino. Et nō potest in casu nostro ex persona domini si agat procurator, repelli; dominus enim non contraxit, sed Procurator, qui vtique deceptus est. Ergò ex edicto AEdilium competere ei debet redhibitoria. Nam si vitium sciuisset ipse, licet alieno nomine, & ad alienam vtilitatem, non contraxisset; ergò deneganda ei non est rescissio contractus, quę ei ex suo facto competit, & ex eo, quod deceptus est. Indéque eiusdem cessare videtur voluntas contrahendi. Nam si sciuisset, quamuis ipse dominus sciens esset, & contraxisset, ipse tamen contrahere noluisset.

Ad quartum respondeo Dominum qui mandat seruo rem certam emere ipsum contrahere videri, eiusque voluntatem in hoc ad summum inspiciendam, vt res illa ematur. Nam ipse seruus rem illam non ex sua voluntate emit, sed vt voluntatem domini sequatur, vt suprà diximus. At cætera omnia, & conueniendi, & explorandi Dominus seruo ipsi mandat, qui ideò ipse emptor est non dominus. Ergò non mirum, si ipsi seruo, non domino vitium, vel morbum mancipij venditor dicere teneatur. Præterea alia accedit ratio; cum enim ex contractu serui actio domino, quęratur, qui ipse redhibitoria agit, vtiquè repellendus est, cum dolo faciat, vel saltem in eo cesset ęquitas illius actionis, qui sciens fugitiuum, seruo tamen mandauit, vt emeret, vt suprà dicebamus.

Tandem neque obstant, quę allata sunt ad improbandam Africani decisionem de Procuratore siue sciente, siue ignorante.

19 Nam † quod primo loco obijcitur Procuratoris scientiam domino non nocere *ex l. quod vulgò ff. pro emptor.* facillimè diluitur. Ibi enim agitur de domino, qui ipse vsucapionem incipit ex sua bona fide. Procuratoris ministerio ad vsucapionem non vtitur: Voluit vti ad emendum, sed procurator dominum decipiens instrumentum duntaxat fuit bonæ fidei, dum eidem persuasit se emisse. Stante autem bona fide, & iusto errore ipse Dominus per se vsucapit, vt dicebamus supra de seruo. At in casu nostro agitur de Procuratore ipso qui contraxit, & de redhibitoria, quæ ex contractu Procuratoris danda est. Ergò eius scientia est inspicienda.

20 Ad † secundum Respondeo domino dari actionem in duplum aduersus eum, qui cum liber esset passus est procuratori illius vendi, quia ab ipso deceptus est, qui seruum se simulans dominum induxit vt mandaret; Alioqui non mandaturus nisi deceptus fuisset. Simulatio ergò illius & dolus, qui seruum se fingebat causa fuit contractus: debet ergò ex suo dolo deceptor ille teneri, & quidem domino, quem decepit: ponendum enim in dicto contextu sicuti in casu antecedenti dominum expresse illum emi mandasse; quo casu scientia Procuratoris hanc actionem domino non potest auferre, quę causam habet separatam à contractu Procuratoris, nempè dolum, & simulationem eius, qui emptus fuit, ex qua dominus qui fuit deceptus actionem quęsiuit. At in casu nostræ legis dominum non decipit, qui cum procuratore contrahit sciente, cui & non alij vitium, vel morbum dicere tenetur, & quem solum sufficit deceptum non esse, vt suprà dicebamus de seruo. Planè aduertendum est quod dicitur *in l. sed 16. §. quare pen. & l. non solus. §. sed si per procuratorē ff. de liber. caus.* Scientiam Procuratoris nocere domino,

no, intelligendum esse, vel de Procuratore habente liberam administrationem, & sic emente ex mandato generali; vel quoties specialiter mandatum est hominem incertum emi. Nam statim post *d. l. imò* subijcitur *l. in seruo 17.* in qua docetur scientiam Procuratoris in mandato hominis certi non nocere domino. Vndè intelligimus, quod antè immediatè dictum est, intelligendum de mandato hominis incerti.

Minus obstant allata ad probandum ignorantiam Procuratoris non esse attendendam, eamque domino non pro-
21 desse. Nam † ad primum desumptum *ex eadem l. in seruo 17. ff. de lib. caus.* respondeo Procuratorem ignorantem ideo non posse agere eo casu, quo dominus, qui mandauit sciuit liberum, quia licet Procurator proprio nomine agat, tamen id omne actione mandati restituere tenetur, quod occasione mandati ad eum peruenit *l. qui proprio 46. §. procurator ff. de Procur. l. idemque 10. § si ex fundo 9. §. si Procurator ff. mand.* Iniquum autem esset dominum lucrari, qui sciuit hominem illum liberum esse, quem emi mandauit, nec in aliquo est deceptus; ex domini igitur persona repellitur. At verò agit Procurator ignorans redhibitoria, quamuis dominus, qui mandauit sciuerit vitium, vel morbum, quia ex hac actione non aliud consequitur Procurator, quam vt negocium rescindatur, & vtrinque restituatur quod datum, acceptumve est. *l. cum autem 23. § iubent. §. Iulianus. l. facta 60. ff. de ædil. edict.* Hoc verò ipse ex propria persona potest consequi, & debet, licet dominus sciuerit, quia non obstante scientia domini, si ipse procurator sciret, non contraxisset. Iuste ergò petere potest omnia in integrum restitui.

22 Ad † secundum respondeo in eo casu procuratorem licet erret, tenere tamen fundum quem accepit, eumque pro domino tenere, quia eum credit esse, quem vult acquirere. Dominus autem vult illum quem Procurator accepit habere, & possidere, nec errat, ergò possessionem illius acquirit, quia Procurator hoc casu ministerium duntaxat corporale præstat. Domini autem mens attenditur, qui animo suo acquirit. Cum itaque animum acquirendi dominus habeat, & rei potestatem, cùm fundus sit apud procuratorem, qui domino eum tenet; non mirum, si possessionem acquirat. At in casu nostræ legis scientia domini non inspicitur, qui nec contraxit, nec agit, sed ipsius Procuratoris ignorãtia, qui & contraxit, & sibi etiam actionem acquisiuit.

23 Ad † tertium non aliud mihi responderi posse videtur, nisi quia animaduertendum est in nostro contextu dici quidem seruo sciente dominum non posse agere redhibitoria, nec ex empto. Sed cum agitur de Procuratore ignorante ponitur agere illum duntaxat redhibitoria, qua scilicet actione omnia in integrum restituuntur, & nullum lucrum est domini, vt suprà diximus. Agere autem non poterit Procurator actione ex empto, in qua vltra precium venit, quod emptoris interest fugitiuum seruum non esse, aut saltem quanti minoris emptus fuisset *l. Iulianus in princ. & §. 1. ff. de action. empt.* quod quidem per mediam personam Procuratoris lucro cedere domini iniquum est, qui sciens fugitiuum mandauit. Neque enim manente contractu procuratoris ignorantia prodesse domino debet, vt vel quid consequatur pro eo quod interest, vel minus pro precio eroget, eo colore, quod ignoranter sit seruus emptus, cum imò ideo sit emptus, quod dominus mandauerit, qui vitium sciuit, & cuius commodo, & lucro res cederet, si Procuratori actio daretur. Hac ratione concludendum, nec ædilitia actione quanti minoris Procuratorem acturum.

Hanc legem explicauit Cuiacius ad Africanum.

De ratione l. 2. ff. pro dote Cap. XXVI.

SUMMARIUM.

Res æstimata in dotem data ante nuptias usucapio non procedit nec pro emptore, nec pro suo. Ratio communis affertur n. 1. Reijcitur. n. 2. & sequent.
Dos sine matrimonio esse non potest. n. 3.
Res si detur inæstimata in dotem, etiam ante nuptias dominium in sponsum transfertur. n. 4.
Debitor sub conditione pendente conditione soluens, dominium transfert. n. 5.
Ex qua causa si tradens dominus esset, dominium transferret, ex eadem non dominus transfert usucapiendi conditionem. n. 6.
Titulus pro suo specialis quando necessarius. n. 7.
Redditur ratio, cur sponsus re data in dote æstimata ante nuptias nec pro emptore, nec pro suo usucapiat. n. 8.

1 Si † æstimata res antè nuptias tradita fit, nec pro emptore, nec pro suo usucapionem procedere respondet Paulus *in l. 2. ff. pro dote*. Cuius decisionis rationem afferunt glossa, & Doctores communiter, & ipse etiam Cuiacius *in explicatione huius l. ad Paul.* quia venditio conditionalis est, æstimatio enim vicem venditionis gerit, & vera venditio dicitur sub conditione facta, si matrimonium fuerit secutum *l. plerumque 9. ante ff. de Iure dot.* Sicuti autem pendente conditione venditionis res etiam à venditore tradita non usucapitur *l. 4. ff. de addict. in diem l. necessariò ff. de peric. & comm. rei vend.* ità nec usucapi potest res æstimata in dotem data, cum intelligatur vendita sub conditione, si matrimonium fuerit secutum.

2 Verum † quę ratio prima facie optima videtur, si attentiùs res consideretur, magis est, nè subsistat. Si enim quæreretur duntaxat, an sponsus ante nuptias posset pro emptore usucapere, satis ea ratione ostenderetur non posse, quia scilicet antè contractum matrimonium nulla adhuc emptio venditio est. Ergò cessat etiam titulus pro emptore. Sed cum quæratur an saltem interim possit pro suo sponsus usucapere, & respondeatur non posse; congrua ratio illa non est, quod nulla adhuc sit emptio. Nam titulus pro suo non exigit emptionem venditionem perfectam esse, quia pro suo qui usucapit, non usucapit pro emptore, sed titulum habet ab illo pro emptore diuersum, & distinctum. Sicuti enim si res nó æstimata detur sponso in dotem antè nuptias, ipse non pro dote usucapit, sed pro suo *l. 1. §. & primum ff. pro dote*. Ità idem dicendum in casu nostro, si res fuerit data æstimata, vt interim quidem pro emptore usucapi res non possit, sed possit pro suo. Qua enim ratione ante nuptias pro suo usucapit sponsus, cui res in dotem inæstimata data est, eadem & usucapere videtur sponsum posse ante contractum matrimonium eas res, quę æstimatæ fuere datæ. Ratio cur sponsus ante nuptias res inæstimatas pro suo possit usucapere, ea est, quia licet illæ dentur ob causam futuram (dantur enim in dotem, quæ

3 † dos esse non potest, nisi contracto matrimonio *l. 3. ff. de iure dot.*) tamen interim dantur, vt contracto matrimonio in dotem conuertantur, & † quia

4 purè dantur (nisi aliud dictum sit) intelligitur dominium statim purè translatum *d. l. 1. §. & primum ff. pro. dot. l. sed nisi 8. ff. de Iure dot.* prout † contingit

5 in debitore quouis sub conditione, qui si pendente conditione soluat, statim dominium transfert, nec intelligitur dare sub conditione, conditio enim inest liberationi, non translationi dominij, vt probatur apertissime *ex l. sub conditione 16. ff. de solut.* Si ergò qui dedit dominus non fuit, cum dominium non fuerit translatum, saltem erit translata usu-

6 capiendi conditio: ex quacúq; † enim causa dominium transferri solet, ex ea conditio usucapiendi acquiritur, si tradẽs dominus non fuerit *l. 1. ff pro suo l. quacunque ff. de public. in rem act. l. clauibus ff. de contr. empt.* Iustum namque est illum usucapere posse, qui se dominum existimat, bonam fidem habet, & iust am

cau-

causam se dominum credendi, cum ita acceperit, vt si dominus tradens fuisset, dominium etiam acquisiuisset.

7 Planè † quia causa ob quam accepit, & ex qua possidet nullum certum nomen habet; licet habilis fuerit ad dominium transferendum, ideò succedit specialis titulus pro suo *l. 2. ff. pro suo*. Non potest quidem sponsus ante nuptias dicere se pro dote possidere, cum nulla adhuc dos sit; sed rectè dicet se pro suo possidere, quia scilicet rem tamquam suam possidet, vt potè datam ab eo, quem dominum existimat, & datam animo dominium transferendi, & ex ea causa, ex qua solet dominium transferri. Quoties enim quid ob futuram causam datur, ex qua necessarium est dominium transferre, toties si purè datur dominium transfertur, quod non potest dici translatum ex causa futura, quæ adhuc non est; sed rectè dicitur ex iusta causa translatum, quia quoties ob futuram causam damus, statim causa præsens est, illa scilicet, quia nunc damus, vt suo tempore datum in dotem conuertatur, vel ad liberationem proficiat, vel similem causam; quę tamen causa presens, cum sit innominata, non potest proprium aliquem titulum possessionis producere accipienti, sed necesse est, vt conuertat iste ad titulum pro suo, *ex d. l. 2. ff. pro suo*. Hęc eadem ratio locum habet in sponso, cui res ęstimatę in dotem datę sunt, quamuis enim venditio, quę ex illa æstimatione resultat, sit conditionalis, tamen ipsa datio pura est, & ad id res interim datur, vt suo tempore, & nuptijs secutis dans liberetur, & ad ęstimationem sponsus obligetur quandoque soluto matrimonio restituendam. Sicuti ergò debitor sub conditione soluens interim, vt existente conditione liberetur, dominium statim transfert *d. l. sub conditione ff. de solut.* ità & dans ex causa dotis futuræ res æstimatas, cum vendere intelligatur sub conditione, si matrimonium fuerit secutum, intelligitur dare, vt existente conditione liberetur, & sic statim dominium transfert. Neque enim licet à conditionali contractu arguere ad conditionalem traditionem: itaut ex eo quod conditionalis fuerit contractus, inferamus rectè & dationem fuisse conditionalem. Nam & resistit *d. textus in l. sub conditione ff. de solut.* & contrarium etiam est, quod licet re ęstimata sponso in dotem data, æquè conditio insit, si contractum fuerit matrimonium, cum data sit ob futuram causam, nempè in dotem, quę dos, cum res datur, non est, sed est futura, si modo postea contrahatur matrimonium; Tamen statim dominium transfertur, nisi euidenter aliud actum sit; ergò statim etiam transferri debet, si res ęstimata data sit, nisi euidenter aliud actū fuerit. Cum igitur sponsus iustam habeat causam credendi se dominum esse, dum existimat dominum fuisse, qui res æstimatas dedit: ex ea enim causa accepit, ex qua si dominus tradens fuisset dominium transtulisset. Interim ante nuptias vsucapiet, non quidem pro dote; sed cum causa illa ex qua accepit proprium nomen non habeat, vt diximus supra, vsucapiet pro suo.

Ratio igitur differentię reddenda est, cur re data ięstimata sponso, dominium statim transferatur, vel saltem vsucapiendi conditio, non autem transferatur, si res sponso detur ęstimata; & cur venditor sub conditione, & sic debitor conditionalis; si interim rem sub conditione venditam det, dominium non transferat.

8 Ego † existimo speciale esse in causa emptionis venditionis, vt si res vendita interim pendente conditione detur à domino, dominium non transferatur, & consequenter, si dominus venditor non sit, nec vsucapiendi transferatur conditio, cum vsucapere is non possit, qui iustam non habet causam se dominum credendi; nec iustam causam se dominum credendi habeat, qui rem sub conditione emptam pendente conditione accepit, cum sciat, vel scire debeat interim pendente conditione dominium non transferri. Specialitatem verò esse existimo ex ll. duodecim Tabularum, vel saltem ex illarum sententia. Certum enim est ex ll. duodecim tabularum factum esse, vt ex causa emptionis venditio-

ditionis, licet res tradatur, dominium non transferatur, nisi vel precio accepto, vel alio modo venditori fuerit satisfactum *l. quod vendidi 19. ff. de contr. empt. l. ex empto 6. & in primis ff. de act. empt. §. vendita Inst. tit. de rer. divis.* ergò multò minus dominium transferetur ex earum legum sententia, si ante perfectam emptionem res detur, vt existente conditione venditor liberetur, & contractum impleat. Nam & si perfecto contractu traderet, dominium tamen non transferret. Nec quid faciet precium fortè solutum esse. Nam nec precium dici potest, quod interim precium non est, sed est futurum conditione existente; non enim illum precium intellig potest, vbi nulla adhuc venditio est. Vnde hac ratione nec etiam venditori quoquo modo satisfactum dici possit; illud verò magis dicendum est, quia conditione deficiente omnia resoluuntur, & precium quod datum est condici potest, *l. necessario ff. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem si leges duodecim tabularum translationem dominij impediunt etiam post venditionem perfectam secuta traditione, nisi fuerit precium solutum, vel alio modo venditori satisfactum, multò magis impedire ex sententia debebunt, si traditio futurę fortè conditionis causa intercedat, cum fieri possit conditione deficiente, vt resoluatur omnis satisfactio, dominiumque rei reperiatur apud eum, qui sub conditione emere velit, quod leges noluerunt. Alioqui plus operaretur traditio facta ob futuram sub incerto conditionem, quam ex verę, & perfectæ venditionis causa facta, quod esset absurdum. Cum itaque ex causa emptionis venditionis vsucapio non procedat, nisi perfecta venditione traditio fuerit secuta, & venditori fuerit satisfactum; nec procedere interim poterit vsucapio re data sponso in dotem æstimata, cum hæc æstimatio emptionem venditionem importet, quæ emptio venditio ex causa dotis fit, & pura non est, sed recipit eam conditionem, si matrimonium fuerit secutum. Ergò antè quam impleta fuerit conditio, & matrimonium secutum fuerit, nec ex traditione dominium transferetur, nec si tradens dominus non fuerit, vsucapiendi transferetur conditio: licet enim sponso fides habeatur de precio, ipsa scilicet æstimatione quandoque soluto matrimonio restituenda, tamen hęc fides ei habetur sub conditione, si matrimonium fuerit contractum, nihil itaque potest operari ad translationem dominij, nisi tunc cum postea contractum fuerit matrimonium. Interim ergò ante contractum matrimonium, si res ęstimata data fuerit, traditio ex ea causa facta non est, ex qua dominium transferatur. Ergò ex ea nec poterit vsucapiendi conditio transferri.

Explicatur l. 2 ff. si sub conditione ff. pro emptore. Cap. XXVII.

SVMMARIVM.

Proponuntur quæstiones, & decisiones, quæ in textu. n. 1. & seq.

Emens rem à domino, quem non dominum existimat, dominus fit. n. 2.

Hæres, qui rem, quam defunctus emit, accipit quasi ex alia causa, vsucapit. n. 3.

Qui posset vsucapere, non vsucapit, si credat se vsucapere non posse. n. 4.

Vsucapio sine possessione non procedit. n. 5.

Quod pendet non est pro eo quasi fit. n. 6.

Conditio est quædam adiectio. n. 7.

Non entis nullę sunt qualitates. n. 8.

Scriptis sub conditione defertur bon. possessio secundum tabulas. n. 9.

A contractu non potest alter ex contrahentibus recedere altero inuito. n. 10.

Cur dispositio conditionalis retro trahatur ad tempus contractus. n. 11.

Res sub conditione tradita animo transferendi dominium, etiam furente, vel mortuo tradente dominium transfertur. n. 12.

Cur ignorans quis possideat. n. 13 & seq.

Probatur ignorantem possessionem acquirere, vel retinere. n. 14.

Explicatur l. sub conditione ff. de solut. n. 15.

S Duo

Duo in solidum possessores esse non possunt. n. 18.
Vsucapio iuris est. n. 17.
Quæ iuris sunt etiam nobis ignorantibus ad effectum perducuntur. n. 18.

EX dictis in precedēti capite definiri potest dissidium inter Accursium & Rogerium. Hic enim dicebat eum, qui sub conditione emit, & rē ità emptam accepit, pendente conditione non quidem vsucapere pro emptore, (& ità textum hunc *in l. 2. §. si sub conditione ff. pro emptor.* explicabat, vt quod dicitur hic, emptorem non vsucapere, intelligendum sit pro emptore) sed vsucapere pro suo. Illi verò hæc Rogerij sententia non placebat. Verior namque est Accursij sententia ratione, quam suprà attulimus.

1 Quęritur † ergò in hoc contextu, an emptione venditione facta sub conditione, interim pendente conditione emptor vsucapiat, & decidit Paulus non vsucapere, quod absolutè est intelligendum, idest ità, vt neque pro emptore vsucapiat, nec pro suo, vt diximus. Addit I. C. neque vsucapere, quamuis putet conditionem extitisse, quę nondum extitit, quia is similis est ei, qui putat se emisse, & non emit. Similis ideo dicitur, quia iste emit, sed cum emerit sub conditione, & emptio perfecta non sit, nisi existente conditione, perindè est, ac si omninò non emisset. Et hęc absque difficultate procedunt. Sed dubitari non sine ratione potest, quid è contrà dicendum si conditio extiterit, sed emptor extitisse ignoret. An statim à die existentis conditionis vsucapere etiam ignorans cęperit? Et Paulus refert Sabinum existimasse emptorem vsucapere. Magis enim Sabinus substantiam intuebatur, quam opinionem. Cum igitur existente conditione statim perfecta emptio fuisset, & sic titulus adesset, ex quo procedere posset vsucapio, credebat Sabinus emptorem vsucapere inspecta substantia & tituli existentia magis, quam eiusdem emptoris opinione, qui putabat titulum nullum præexistere. Vtebatur † verò
2 Sabinus ad id probandum, ea ratione, quam postea Paulus notat, quia etiam is, qui emit ab eo, quem dominum non esse existimat, dominium tamen ab eo, qui verè dominus est, accipiendo acquirit, & ità plus in re est, quam in existimatione. *l. regula §. qui ignorant ff. de iur. & fact. ignor.* Paulus verò considerat rationem Sabini non omninò concludere. Notat enim diuersitatem aliquam esse inter eū, qui à domino emit quem dominum non esse existimat, & eum qui emit sub conditione, qu. m extitisse ignorat. Ille enim licet existimet dominum venditorem non esse, habet tamen affectionem emptoris, & eo animo emit, vt rem sibi habeat, & se pro domino gerat. Itaque, cum animus domini adsit, possit etiam dominus fieri, quod res à vero domino tradatur, non mirum, si ille dominium acquirat. At verò iste, qui sub conditione emit, & ignorat conditionē extitisse, quasi putat nondum se emisse: emptio enim non nisi existente conditione perficitur, & antequam conditio existat nulla dici potest emptio; non ergò animum emptoris habet, qui nondum se emisse putat. Cęterum licet Paulus hanc qualem qualem diuersitatem notet, non tamen recedit à sententia Sabini, sed meliorem asserit cōparationē esse huius emptoris, qui ignorat conditionem extitisse cum hærede, qui rem à defuncto emptam sibi traditam accipit existimans ex alia causa accipere. Ex hac enim comparatione existimat Paulus apertiùs apparere, an cesset vsucapio in casu proposito. Cum † enim certum
3 sit hæredem vsucapere eo non obstante quod erret in causa *l. numquam §. fin. ff. de vsucap.* intelligere possumus vsucapere etiam eum, qui sub conditione emit, licet ignoret conditionem extitisse, quamuis & iste circa causam & titulum erret, & existimet titulum non præexistere, qui verè extitit. Et ità Doctores omnes, & ipse etiam Cuiacius ad hanc l. communiter concludunt, Paulum in ea sententia esse, vt emptor iste etiam ignorans conditionem extitisse, vsucapiat, licet id apertè non definiat. Et dissimulantes, decisionem hanc, quasi sine aliqua difficultate sit, pertranseunt.

Mihi verò, & Sabinū, & Paulū reprehendi

hendi posse videtur. Illum quidem, quod in vsucapione magis substantiam, quam opinionem inspiciendam opinatur, cum tamen potius opinio sit attendenda, cum vsucapio ex fide bona procedat, quæ sine dubio deficit in eo, qui ea existimat deficere, quę necessaria sunt ad vsucapionem, licet verè adsint,
5 argumēto † *l. 6. fur. §. 2. ff. de vsucap.* qualis ille est, qui emit sub conditione, quam extitisse ignorat, hic enim cum titulum nullum se habere adhuc existimet, nec bona fide, nec animo domini rem potest tenere, ideo non potest vsucapere,
5 cum nec possidere intelligi possit, & † sine possessione vsucapio non procedat, *l. sine possessione ff. de vsucapion.* Paulum verò, ea ipsa ratione, qua ipse Sabinum notat, redargui posse videtur, quia sicuti bona non est Sabini comparatio Paulo ipso iudice, quod is, qui à non domino emit, affectionem emptoris habet, at is qui emit sub conditione, quam ignorat extitisse, eam affectionem non habet, quod quasi nondum putet emisse. Ità nihil commune habet is, qui emit sub conditione, quam extitisse ignorat cum herede, qui rem à defuncto emptam, quasi ex alia causa sibi debitam accipit. Nam & is animo domini accipit, licet erret in causa. At qui ignorat conditionem extitisse, cum putet se nondum emisse domini animum habere non potest, imò nec possessoris, non potest habere bonam fidem, ergò non potest vsucapere.

Vt igitur hęc obiecta tollantur ostendere oportet eum, qui emit sub conditione, & possidere, & animum domini & bonam fidem habere, quamuis conditionem extitisse ignoret, inde consequenter vsucapere. Possessorem verò hunc esse, & animum domini habere pro certo habendum est, non solum quia aliter vsucapio non posset procedere; verum ex ipso etiam Paulo, qui confert hunc cum herede, qui rem à defuncto emptam, quasi ex alia causa sibi debitam accipit, qui vtiquè domini habet animum, & possessor efficitur.

Sed difficultas est in explicando, quomodo possideat iste, & domini animum habeat, qui ignorat conditionem extitisse, qua non existente, nec dominus fieri potest, nec domini animum habere.

Ergò animaduertendum est, eum qui rem sub conditione emptam à venditore accipit, eo animo accipere, vt existente conditione, & sibi possidere, & rem habere velit, & dominium etiam acquirere, si venditor dominus sit. Ergò statim atque rem sibi traditam accipit animum possessoris, & domini habet; licet enim emptor iste velit sub conditione, interim tamen vult, voluntas enim statim existit, ergò non est sub conditio-
6 ne, quia † quod pendet non est *l. in demum 174. §. 1. ff. de Reg. Iur.* Vult quidem emptor sub conditione, sed tamen statim vult, licet sub conditione. Conditio non differt existentiam voluntatis, quę imò statim existit, sed suspendit effectum ipsius voluntatis in tempus, quo ipsa conditio existat. Et id proprium est cuiusvis dispositionis conditionalis.
7 Conditio † enim adiicitur dispositioni, quæ est, & ponitur in esse, est adiectio quędam *l. obligationū fere § 1. conditio ff. de Act. & oblig. l. 2. § conditio ff. de Adim. leg.* non verò potest quid adiici, nisi ei,
8 quod est, alioqui † non entis nullę sunt qualitates *l. 1. § T. itio ff. quando dies leg. ced.* dispositio igitur quamuis conditionalis statim est, licet contineat conditionem, quæ conditio id efficit, vt effectus dispositionis suspendatur. Cęterum dispositio ipsa statim existit. Hac
9 † ratione licet non nisi scriptis in testamento heredibus deferatur bonorum possessio secundum tabulas, tamen etiam scriptis sub conditione defertur, quia scilicet, licet sub conditione, scripti tamen sunt. *l. 2. § 1. l. fin. ff. de Bon. poss. sec. tab.* Ità & dispositio quamuis conditionalis statim est, & ità est, vt ex ea voluntate, quæ nunc est, licet sub conditione, effectum sortiatur dispositio quandocumque conditio existat. Hac
10 † ratione, quia in contractibus non potest vnus ex contrahentibus in alterius preiudicium voluntatem mutare, & à placitis recedere *l. sicut C. de action. & oblig.* nec potest mutare voluntatem is, qui sub conditione contraxit, sed non

obstare mutatione volũtatis, ex prima illa voluntate, ex qua voluit semel, licet sub conditione, cõditione existente, effectum accipit dispositio. *l. qui balneum in princ.*
11 *ff. qui potior. in pign. hab.* Et † hæc vera ratio est cur dispositio conditionalis retrotrahatur existente conditione ad tempus contractus *l. potior §. 1. ff. eod. tit. qui po-*
12 *tior. in pign. hab.* Hac † etiam ratione si quis rem tradiderit, vt ita demum fieret accipientis, si Seius consul factus esset, etiam eo furente, vel mortuo impleta conditione, dominium in accipientem transit *l. 2. §. si pecuniam ff. de donat.* nempe quia voluntas illa quę tunc fuit cum res tradita est sufficit ad dominij translationem, & ex tunc, pro nunc (prò tempore scilicet existentis conditionis) operata est. Simile est, quod respondetur *in l. 4. in princ. ff. de manum. vindict. & in l. 3 ff. de seruis export. & l. 3. ff. qui sine manum. ad libert. perueu.*

13 Hoc † igitur posito eum, qui emit sub conditione, & rem sibi à venditore traditam accepit habere statim voluntatem possidendi, & sibi habendi, quandocunque conditio extiterit, eamque voluntatem sufficere quandocunque existat conditio; consequens est hunc ignorantem possidere, & possessionem acquirere. Ratio autem est euidens, quia is ex supposito rem apud se habet, supponimus enim, & supponendum est in §. nostro rem traditam esse, & sic quod in facto consistit, & ad possessionem requiritur, vt habeat quis rem in sua potestate, hic non desideratur. Adest enim animus possidendi, qui non solum adfuit tempore, quo emptor rem accepit, sed adhuc perdurat; cessat impleta iam conditione impedimentum, quo effectus eius voluntatis, eius animi suspendebatur, ergò adest ipsa possessio, & quidem cum bona fide; Nam is possidet ex domini voluntate, ergò bona fide possidet *l. 5. ff. pro derelict.*

14 Nec † nouum videri debet ignorantem possessionem acquirere, id enim sępè contingit. Nam si seruus rem domino ignoranti subripuerit, deindè pœnitentia ductus eam suo loco reposuerit, dominus qui possessionem amiserat, cum rei custodiam amisisset *l. si rem mobilem ff. de acquir. possess.* ignorans eam recuperat, cum res in ipsius potestatem redijsse dicatur *l. 4. § ideoque & si seruus ff. de. vsucapion.* Quod idem contingit si depositarius rem depositam contrectauerit, indè ex pœnitentia redemerit, & eodem statu habere cęperit. *d. l. 4. §. item labeo ff. de vsucap.* Similiter si quis rem primum contrectauerit animo asportandi, indè eam reliquerit, & rediens rursus contrectauerit, & asportauerit, duplicis furti nomine tenetur; quod ea res à fure relicta in potestate domini, in eiusdem possessionem redierit, quę denuo à redeunte fure est interuersa *l. vulgaris in princ. ff. de furt.* Ratio verò cur ignorans possessionem acquirat his casibus, ea est, quia ille qui possidebat, & ignorat rem interuersam retinet eumdem animum possidendi; accedit & rei potestas, quoniam re in suo loco reposita potest si velit dominus eiusdem naturalem possessionem apprehendere. Ergò cum adsit animus, adsit etiam facultas rei apprehendendæ, necessariò dicendum est illum possidere, & possessionem etiam ignorantem acquirere. Sic in casu nostro is qui accepit rem ex causa emptionis venditionis sub conditione contractę, habet animum rei possidendæ, habet rei potestatem, impleta conditione cessat impedimentum, quo effectus voluntatis suspendebatur; ergò dicendum etiam ignorantem possidere. Sicuti si quis me miserit in possessionem fundi Corneliani, ego verò voluerim acquirere possessionem fundi Semproniani, quia ego Corneliani, in quem fundum iui, possessionem non acquiro; ideò nec Dominus amittit, qui quodammodo videtur sub conditione, si ego acquisiuero, de possessione decedere *l. si me in vacuam ff. de acquir. poss.* & tamen ignorat se possidere is, qui me possessionem acquisiuisse, nec errasse existimat. Similis textus, qui maximè ad rem nostram facit *in l. qui absentis §. 1. ff. de acquir. possess.* vbi si quis tradiderit possessionem fundi sub ea conditione, si fun-

dus

dus tradentis esset, dicitur traditam possessionem non esse, si alienus sit. Interim ergò ignorat tradens an possideat, ignorat & accipiens, quia scilicet, ignorat vterque an fundus alienus sit an tradentis; tamen prout vera est, vel falsa conditio, vel possidet tradens, vel accipiens. Si conditio verà sit possidet accipiens, quia animum habet possidendi, nec ei obstat conditio, quæ est vera & statim extitit. Si falsa sit possidet tradens, qui retinuit animum possidendi, si fundus alienus esset; ergò prout cessat impedimentum, vel hic, vel ille possidet. Pla-
15 nè † (vt hic obiter moneam) nihil obstat *l. sub. conditione 16. ff. de solut.* quam tamen obiectionem tollere maxime conatur Cuiacius *& ad tit. de acquir. possess. in d. l. qui absenti §. 1. & in explicat. eiusdem l. ad Africanum* ex qua colligi videtur, dominium, & consequenter possessionem non transferri sub conditione. Nam soluens quod debet sub conditione statim dominium transfert. Facilis namque est solutio. Qui soluit quod debet sub conditione, & ea conditione soluit, vt si conditio extiterit cedat pecunia in solutum; conditionem apponit liberationi, non dationi, & translationi dominij. Is pure tradit, & dominium transfert: transfert verò ob eam causam, quæ existere potest existente conditione, vt scilicet existente conditione ex illa causa pecunia à recipiente retineatur, & in solutum cedat. Sicuti contingit in muliere, quæ dat sponso dotis causa. Ea dat pecuniam, vt in dotem conuertatur, quod pendet ex conditione, si matrimonium fuerit secutum, purè tamen dat. Ergò interim dominium transfert. Secus esset si tam ista, quam qui sub conditione debet sub conditione vellent dominium transferre. Ergò vt ad rem nostram redeamus, possessio etiam ab ignorante acquiritur, dummodo adsint requisita ad possessionem, nempè animus, & rei potestas, quæ in corporali possessione, & detentione consistit. In casu nostro adest animus in emptore, qui rem accepit, habet rem in sua potestate, & corpore possidet, ergò verè possidet, etiamsi ignoret conditionem extitisse. Conditio enim, vt suprà dicebamus suspendit effectum voluntatis, impedit voluntatem operari, maximè quia is, qui sub conditione tradit, ipse retinet possessionem, donec conditio existat,
16 & † duo non possunt in solidum possessores esse *l. 3. §. ex contrario ff. de acquir. possess.* Conditione existēte cessat omne impedimentum, adsunt, vt sæpiùs dixi requisita ad possessionem, ergò dicendum est emptorem etiam ignorantem possidere. Sicuti contingit in domino, qui iubet Procuratorem rem aliquam emere, & suo nomine accipere. Licet enim Procurator accipiat eo tempore, quo dominus id nescit, tamen & possessionem, & per eam dominium, qui mandauit ignorans acquirit *l. si procurator 13. ff. de acquir. rer. dom.* quiscilicet sufficit animus, quem habuit dominus acquirendi, quandocumque per procuratorem apprehensa fuisset possessio, vt explicaui *lib. 1. Interpret. Iur. cap. 32. n. 17. & sequent.*

Cum igitur emptor iste ignorans possideat, habeat animum domini, & bona fide id faciat, quia iustum habet titulum, iustam causam: facilius id seque-
17 tur, vt ignorans vsucapiat, cum † vsucapio sit iuris. *l. bona fidei ff. de acquir.*
18 *rer. dom.* Et † in his quæ iuris sunt nostra scientia non requiritur; effectus enim sequitur legis potestate. Vnde est etiam eum qui ignorat se Patremfamilias hæreditatem acquirere, si animo acquirēdi adeat *l. 6. §. si is qui putabat ff. de acquir. hæred. l. multum ff. de cond. & dem.* Hinc est eum, qui putat se dominum non esse, cum verè dominus sit, seruum manumittentem liberum facere *l. pater. §. quoties ff. de manum. vind.* Hac ratione is qui seruus existimatur ciuiliter tamen obligatur domino putatiuo, si liber sit *l. liber homo 118. ff. de verb. oblig. & l. si is qui commodatum 13. §. fin. ff. commod.* Et plures alij possunt effectus obseruari, qua de re latè egimus *lib. 1. interpret. iur. cap. 12.* ad quem locum me remitto.

Cur dans dotis causa ante contractum Matrimonium dominium statim transferat; promittens verò non statim se obliget, sed sub conditione si Matrimonium sequatur. Et cur legatum dotis nomine sit purum, stipulatio verò conditionalis. Cap. XXVIII.

SVMMARIVM.

Dans dotis futuræ causa dominium transfert. n. 1.
Causa dotis iusta est ad dominium transferendum. n. 2.
Promittens dotis futuræ causa obligatur sub conditione, si matrimonium sequatur. n. 3.
Dos sine Matrimonio esse non potest. n. 4.
Conditio prius implenda, modum verò, vel causam præstatio ipsa præcedit. n. 5.
Qui dat ob causam statim dominium transfert. n. 6.
Affertur ratio differentiæ inter dationem dotis causa, & stipulationem. n. 7.
Etiamsi pura sit obligatio, prius tamen implere actor debet, quàm cum effectu agere possit. n. 8.
Dos datur ad onera matrimonij sustinenda. n. 9.
Legatum dotis causa purum est. n. 10.
Affertur ratio differentiæ, cur legatum dotis causa sit purum, stipulatio verò conditionalis. n. 11. & seq.
Hæreditas heredem ad legata obligat. n. 12.
Hæres, qui adit hæreditatem legatarijs quasi ex contractu obligatur. n. 13.
Qui vult antecedens necessarium, consequens velle videtur. n. 14.
Voluntas Testatoris seruanda. n. 15.
Heredis non interest modum impleri. n. 16. debet tamen legatarius eidem cauere de modo implendo. n. 17. alioqui doli exceptione repellitur. n. 18.
Legatũ sub modo, quo sensu purũ dicatur. n. 19.

Dicebamus supra Cap. XXVI. ideo vsucapere sponsum pro suo ante matrimonium contractum quod dotis
1 causa acceperat, quia † nisi aliud actum sit, creditur dotis causa tradens dominium velle transferre *l. sed nisi 8. ff. de iur. dot. l. 1. §. & primum ff. pro dote.* Cu-
2 ius rei ratio illa est, quia † qui dotis causa dat, ideo dat causa, ex qua dominium solet, & debet transferri *l. 3. §. genera ff. de acquir. poss. l. sunt & aliæ 3. §. 1. ff. de public. in rem act.* qui ergò etiam ante nuptias dotis causa dat, statim dominium transfert, quia scilicet dat, vt nuptijs secutis pecunia, vel res data in dotem conuertatur, non potest autem dotis fieri, quin transeat in dominium mariti, ergò qui nunc dat sponso vult dominium transferre, nunc enim ipse, qui dat implet, nec expectat dare, cum nuptiæ fuerint secutæ. Non autem nunc impleret qui daret, si dominium non transferret, sed in tempus nuptiarum suspenderet: ergò nisi aliud euidenter actum sit, intelligitur qui nunc dat ea omnia facere, & velle, quæ necessaria sunt, vt res data nuptijs secutis dotis fiat. At necessarium ad id est, vt dominium rei transferatur, ergò statim intelligitur dominium transferre.
3 Sed † cur promittens dotis causa dare, non statim se obligat dare, imò conditionalis est obligatio, si nuptiæ sequantur, *l. stipulationem 21. l. tali. 48. l. promittendo 41. ff. de iure dot.* Licet enim dotis causa tacitam illam contineat conditionem, si nuptiæ fuerint secutæ, quia
4 † scilicet sine matrimonio nulla dos potest intelligi *l. 3. ff. de iure dot.* non tamen videtur sub conditione se obligare, qui ob causam dotis promittit, quæ dos nondum est, nec esse potest nisi se-
5 cutis nuptijs. Aliud † enim longè est promittere sub conditione, aliud ob causam promittere, cum conditio quidem actum suspendat, & antea implenda illa sit, quam præstari quid debeat. Cęterum causam ipsa præstatio præcedat, vt intelligimus *ex l. Mæuia ff. de man.*
6 *test.* Sicuti † ergò qui dat ob causam statim dominium transfert, imò & transferre debet, alioqui ex sua parte non impleret *l. 1. §. ideoque Pedius ff. de rerum permut.* Ità & ob causam futuram se obligans statim debet obligari, & sicuti dans dotis causa statim dominium transfert, licet dos esse non possit, nisi secutis nuptijs, quia scilicet dat ob futuram dotem.

tem. Ità & dotis causa promittens, quià promittit dare ob futuram dotem, statim debet obligari.

7 Rationem † tamen differentiæ hanc esse existimo, quia is qui promittit ob causam, non statim dare vult (alioqui daret, non promitteret) sed se vult obligare ad dandum ob illam causam, cuius intuitu se obligat; Quamuis autem reuerà dicatur dari ob causam, etiam antequam causa existat, tamen ex mente promittentis esse non videtur antea obligari quam causa illa præexistat, ad quam respexit, quasi illa tamquam obligationis causa ipsam obligationem veluti effectum præcedere debeat. Et (quidquid sit) qui ob causam fuit stipulatus præmaturè agit, antequam causa sit impleta: qua enim fronte promittentem cogere vult ad dandum qui partes suas non im-
8 pleuit? qua † ratione etiamsi pura sit obligatio, non tamen potest debitor conueniri, (si fuerit correspectiua) nisi prius actor ipse impleat *l. Iulianus §. of-*
9 *ferri ff. de Action. empt.* Ergò † hac ratione, quia dos datur ad onera matrimonij sustinenda *l. pro oneribus C. de iure dot. l. dotis fructus ff. eod.* qui onera matrimonij adhuc non sustinet, dotem petere non poterit, eamque pecuniam, quæ dotis, & onerum causa promissa est. Vnde exitu inspecto, licet fortè si verba stipulationis attendatur pura videri possit, stipulatio dicitur conditionalis; quia scilicet non aliter poterit cum effectu adstringi, & conueniri promissor, quàm si nuptiæ fuerint secutæ. Et hoc est, quod (meo iudicio) dicitur *in l. promittendo §. 1. ff. de iure dot.* non posse ex stipulatu ad dotem agi antequam nuptiæ fuerint secutæ, quia magis res, quam verba intuenda sunt: nempè quia licet puram videantur præ se ferre obligationem, tamē re ipsa conditionalis est obligatio, quia cum ob onera matrimonij promissum fuerit, antè matrimonium contractum æquum non est, vt agi possit. Vel igitur ab initio volunt contrahentes obligationem conditionalem esse, vel saltem exitu inspecto dotis promissio conditionalis est, quia aliud est promittere dotis causa, aliud dotis causa dare, qui da- statim implet, nec dationem suspendit. At qui promittit non dat, sed ad dandum vult obligari, & quidem dotis causa, quæ si præsens non sit iustè dare recusat; quia promisit, vt diximus.

10 Cæterum † si hæc ità sunt, maior occurrit difficultas. Cur enim legatum dotis causa purum est, ideoque statim, & antè nuptias peti potest? *l. Titio centum 71. §. Titio genero ff. de cond. & dem.* Videbatur dicendum & istud esse conditionale exemplo promissionis. Nam sicuti qui promittit non dat statim, sed ad dandum se obligat, ità qui legat statim nō dat, sed obligat hæredem ad dandum, & quidem non absolutè; sed dotis causa. Sicuti ergò non potest stipulator ex stipulatione agere ante contractum matrimonium, quia ex sua parte non impleuit, & causa præsens non est; eadem ratione nec agere poterit legatarius. Et sicuti si de stipulatione agatur non sufficit stipulatorem offerre cautionem, ad hoc vt agere possit, ità nec sufficiet legatarium cauere, matrimonio non contracto, pecuniam reddi; quia in summa nulla videtur differentiæ ratio reddi posse, cur stipulatio sit conditionalis, legatum verò sit purum.

11 Considero † tamen diuersam esse rationem legati, & stipulationis. In stipulatione is, qui conuenitur ille idem est, qui se ob causam obligare voluit. In legato is, qui conuenitur nec legauit, neque ob causam dotis se obligauit. Alia est persona legantis ob causam, alia debitoris. Testator legauit, qui ipse legatum non debet; legati debitor est hæres. Legauit quidem Testator ob causam dotis, & vt pecunia legata dotis fieret. Causam ob quam legauit voluit quidem impleri, sed hæredem pure obligauit. Hæres ergò qui purè est obligatus, non potest legati solutionem recusare prætextu causæ non impletæ, respectu enim hæredis causa illa non cohæret obligationi. Nam hæres non ideo est obligatus ad legatum, vt res legata dotis fieret, sed quia hæreditatem adiuit; hæreditas
12 † enim ipsa hæredem obligat *l. siad à cer-*
13 *tis ff. de duobus reis.* qua † ratione is, qui adit, & hæreditatem vult, dicitur quasi contra-

contrahere, & legatarijs quasi ex contractu teneri *l. 3. §. fin. l. seq. ff. quib. ex caus. in poss. eat. §. hæres quoque Instit. tit. de oblig. quę quas. ex contr. nasc.*
34 quia † & qui vult antecedens, & necessarium consequens velle videtur *l. indebitam 47. vbi Doctores notant ff. de condict. indeb.* Hęres igitur purè est obligatus, ergò si conueniatur, vt potest, soluere legatum cogetur, nec ad solutionem differendam opponere poterit causam priùs implendam, cum illa non ex voluntate hęredis, sed ex dispositione Testatoris impleri debeat.
35 Planè † quia æquum est voluntatem testatoris seruari *l. quintus ff. de ann. leg.*
36 *l. hęreditas ff. de petit. hęred.* receptum † est, vt licet hæredis non intersit, tamen possit hæres cautionem exigere, nec aliter ad legatum soluendum compella-
37 tur *l. si tibi ff. de leg. 3.* quia † ratione inspecto effectu is, qui sub modo legat, dicitur perindè esse, ac si legasset sub conditione, si legatarius satisdederit de modo implendo. *l. quibus 40. §. Thermilius ff. de cond. & dem.* Verè enim legatum sub modo non est conditionale, sed pu-
38 rum, vt ex eo constat, quia † qui non cauet se restituturum, si modus non impleatur doli exceptione repellitur *l. si cui 7. l. cum in testamento 48. ff. de fideicom. libert.* Purum † est, & eo sensu dicitur *in d. l. Titio centum §. Titio genero*, quia conditionem non habet, & sic comparatione conditionalis purum dicitur *l. libertas §. hac scriptura ff. de man. test.* Cęterum absolutè purum non est, cum modus fuerit adiectus, qui quidem modus efficit, vt licet ipso iure agere possit legatarius, nisi tamen de modo implendo caueat, denegetur ei legatum ipsum, & legati exactio impediatur.

Planè licet legatum sub modo sit, obligatio tamē hæredis est pura, videlicet ea ratione, quia quoad hæredem causa obligationi non cohęret, quia ob illam causā ipse non se obligauit. Ergò testator qui legauit ob causā, pure, legando obligauit hęredem, vt causa sequeretur. Ergò ipse testator volens purè hęredē obligare voluit priùs implere, & prius præstari legatū, quam vt causa sequeretur, ergò purū legatum est, quantum pertinet ad actionem, quę aduersus hęredem competit; & eò magis quia suaptè natura omnis dispositio ob causam pura est, licet speciali ratione, quam supra attulimus, fiat, vt stipulatio dotis causa fit cōditionalis, quæ ratio cessat in legato, quia hæres qui conuenitur, non se ob eam causam obligauit, nec ex sua persona (quod s. ad eam causam respexerit, cum se obligauit) potest defectum causæ allegare. Qui verò causam voluit impleri, voluit etiam ob causam præstari, & sic priùs legatum solui, quam vt causa impleretur; indè purè hęredem obligauit, nec ipse, qui legauit fuit vnquam ex ea causa obligatus, sed ob eam causam motus fuit hęredem obligare. Quare comparari rectè potest testator ei, qui ob causam dat, qui quidem statim implet, vt causa postea sequatur; Nam & testator dum hæredem obligat prius implet, implerique vult, quam vt causa sequatur. Et hæc locum habent in legato per damnationem, de quo est textus *in d. l. Titio centum §. Titio genero ff. de cond. & dem.* vt constat ex verbis legati, quę ibi recensentur. Facilius autem defendi poterit purum legatum esse, si testator dotis causa per vindicationem legauerit; cum enim ex eo legato dominium transferatur, constat testatorem velle priùs præstari, quam vt causa sequatur, ex emplo eius, qui ob causam dat, & dando statim implet, vt causa postea sequatur.

Explicantur l. Centurio 15. ff de vulg. & pupill. & l. Precibus C. de impub. & alijs subftit. Cap. XXIX.

SVMMARIVM.

Proponitur facti species cum distinctione Papiniani in l. Centurio. n. 1.
In maiori summa inest minor. n. 2.
Pupillo furioso dantur tutores, non curator. n. 3.
Miles potest substituere ex priuilegio etiam ei, qui hæres extitit. n. 4.
Vtile per inutile non vitiatur. n. 5.
Paganus frustrà filio substituit post pupillarem sta-

atatem. *n*. 6.
Ea tamen substitutio vtilis est intra pubertatem filio decedente. *n*. 7.
Priuilegia militum ad alterius iniuriam trahi non debent. *n*. 8.
Proponitur difficultas ex l. precibus. *n*. 9.
Affertur responsio Doctorum probabilior. *n*. 10.
Fructus pendentes pars rei sunt. *n*. 11.
Fructus post aditam hæreditatem percepti hæreditarij non sunt. *n*. 12.
Fructus tempore mortis testatoris maturi, licet postea percipiantur, tamen hæreditarij videntur. *n*. 13.
Fructus percepti iacente hæreditate hæreditatem augent. *n*. 14.
Ex fideicomm. fructus restituũtur post morã. *n*. 15.
Alia subijcitur cociliatio ex sent. Auctoris. *n*. 16.
Miles qui iura creditur ignorare, non censetur se iuris dispositioni accomodare. *n*. 17.
Constantinus verba solemnia sustulit in hæredum institutionibus. *n*. 18.
Pupillariter substituens ineptè sibi substituit; mendum tamen illud detrahitur. *n*. 19.
Pot. si testator grauare hæredem non solum in bonis, sed & in fructibus ex ipsis perceptis. *n*. 20.

1 PApinianus † *in l. Centurio ff. de vulg. & pupill.* militem proponit filio suo directè substituisse, si intra vigesimum quintum annum decessisset sine liberis, fortè his verbis. *filius meus hæres esto, & si hæres erit, & intra vigesimum quintum annum decesserit, tunc Seius hæres esto*. Et quia dubitari potest, quid consequatur ex hac substitutione substitutus, si filius decedat sine liberis intra vigesimum quintum annum, & quo iure idem substitutus admittatur. Ità Papinianus distinguit. Aut filius militis decessit infra decimum quartum annum; & Seius substitutus capiet non solũ bona Patris, in quibus fuit filius institutus, sed & capiet etiam bona ipsius filij: nempè quia filio hæres existet; Et quidem iure communi, & ex pupillari substitutione. Ratio autẽ decisionis, quod attinet ad hoc distinctionis caput, ea est,
2 quia † sicut in maiori summa inest minor *l. 1. §. si stipulanti ff. de verb. obl.* ita & in tempore longiori inest breuius, & qui dicit, *si filius decesserit intra vigesimum quintum annum*, vtiquè & id dicit, si decesserit intrà decimum quartum, & perindè illa cõditio verificatur, si filius decesserit infra quatuordecim annos, ac si decesserit postea quandocũque infra vigintiquinque.
3 Cum verò constet militem filio substituere voluisse p· pillo, & ea formula vsus sit, qua iure etiam communi pupillo hæredem potuit dare. Vtiquè dicendum est ex pupillari substitutum admitti, cum & decedente filio in pupillari ętate miles & potuerit filio pupillariter substituere, & voluerit. Volũtas enim ex verbis ipsis apparet, quę filio infra 14. annum decedente pupillarem exprimunt substitutionem. Neque enim credendum est iure militari voluisse militem filio in suis duntaxat, idest sui testatoris bonis substituere. Nã quoties iure communi valere potest dispositio, non est cur ad priuilegium, & ius extraordinarium recurramus, vt dicunt DD. nostri, quod quidem axioma ex nullo melius, quam ex hoc loco probatur. Maximè quia cum agatur de fauore pupilli, bonum est nos præsumere, eo animo militem fuisse, vt filio etiam cõsuleret, cum mens non repugnet; imò hanc interpretationem verba ipsa suadeant. Sic † videmus pupillo furioso non tamquam furioso curatores dari, sed de iure communi tutores tamquam cuilibet pupillo *l. 3. in princ. & §. 1. ff. de test. tut.*
4 Ergo † et quamuis substituere miles possit ex priuilegio etiam maiori quatuordecim annis *l. milites 5. l. miles itẽ 41. ff. de milit. test.* tamen dum substituit ei, qui minor erat, & in pupillari ętate constitutus, censendus est illi tamquam pupillo substituisse, vt ei hæredem daret. Neque obstat quod pupillarem excesserit ætatem: Nam quod non possit substitutio tamquam pupillaris in bonis filij valere post ætatem pupillarem, non efficit eamdem infra pupillarem ętatem inutilem esse.
5 Vtile † enim per inutile non vitiatur *l. 1. §. sed si mihi ff. de verb. oblig.*
6 qua † ratione licet paganus frustrà filio substituat post decimum quartum annum *l. verbis 7. ff. de vulg. & pupill.* ta-
7 men † ità frustrà substituit, vt post decimum quartum annum inutilis quidem sit substitutio, vtilis tamen sit pupillo infra decimum quartum annum decedente *l. in pupillari 14. ff. de vulg. & pupill.*

Ergò si miles filio suo infra vigesimum quintum annum decedenti substituerit; Interest decesserit filius infrà decimum quartum, an postea, si infrà decimum quartum annum decesserit, substitutus etiam propria bona filij iure communi capiet, vt dictum est.

Quod si filius post decimumquartum annum infra vigesimum quintum sine liberis decesserit (quod secundum distinctionis caput est) Inquit Papinianus substitutum ex priuilegio militum Patris duntaxat bona cum fructibus in hæreditate inuentis habiturum. Ratio decisionis quoad secundum hoc caput distinctionis esse potest, quia cum finita ætate pupillari iure communi valere non possit substitutio quasi pupillaris, & quasi filij testamentum: nec possit etiam tamquam testamentum filij valere ex priui-
8 legio militum, quia † non debent priuilegia militum ad alterius iniuriam trahi, itaut filius facultate testandi sibi post decimum quartum annum iure publico concessa ex patris militis testamento priuetur *l. impuberi* 40 *ff. de admin. tut. l. cum filiusfam. miles* 28. *ff. de milit. test.* Voluerit tamen miles etiam post decimum quartum annum filio decedente substitutum succedere: custodienda erit militis voluntas eo modo, quo poterit, & sic cum voluerit miles substitutum etiam filio pubere decedente succedere, idque in bonis sui ipsius efficere potuerit ex priuilegio militari: dicendum est substitutum in bonis ipsius militis succedere ex eodem priuilegio.

9 Sed † obstat quam maximè huic decisioni, & quantum pertinet ad hanc secundam partem distinctionis *l. precibus* 8. *C. de impub. & alijs subst.* vbi si Pater miles substituerit filio suo post ætatem pupillarem decedenti; si filius post decimum quartum annum decesserit, mater ab intestato admittitur. Et substitutus, ex causa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur Patris fuerint à matre petit. Si substitutus admittitur ex fideicommisso, ergò non ex militum priuilegio, & ex militari substitutione aduersus id, quod dicitur *in l. Centurio.* Pręterea *in l. precibus* substitutus admittitur, duntaxat ad bona, quę Patris fuerunt cum moreretur. At *in l. Centurio* & ad ea bona, & praeterea ad fructus in hæreditate inuentos.

10 Multi † *ad l. precibus* pro conciliatione afferuntur intellectus, quos tamen ego non recensebo, nè tempus in illis confutandis inutiliter absumam. Vnum tamen referam valdè probabilem ab Antiquis excogitatum, & à recentioribus præcipuè Donello receptum, & approbatum. Nempè inquiunt *in l. precibus* prout & *in l. Centurio* substitutum succedere iure directo, & ex militari substitutione: ea ratione, quia miles potest ad tempus & ex tempore hæredes instituere, & sic etiam maiori quatuordecim annis directò potest substituere *d. l. miles ità* 41. *l. milites* §. *ff. de test. milit.* Ideò animaduertendum non dici *in l. precibus* substitutū ad bona Patris admitti ex causa fideicom. missi, sed *veluti ex causa fideicommissi*, quę verba maximè conuincunt, non admitti ergò ex causa fideicommissi, sed imò ad similitudinem fideicommissi. Similitudo autem in eo est, quia sicuti si pater ex causa fideicommissi substituisset Seium, ipse ad bona duntaxat Patris non etiam filij admitteretur *l. cohæredi* §. *cum filia ff. de vulg. & pupill.* ità non admittetur iste ad bona filij, sed ad bona dūtaxat Patris. Neque obstant ea verba textus. *Tunc eius te successionē obtinente, veluti ex causa fideicōmissi bona, quę cum moreretur Patris eius fuerint, à te peti possunt.* Ex quibus videtur colligi ipso iure bona Patris ad matrem spectare, tamquam inuenta in hæreditate filij, itaut ab ea tamquam hęrede bona ex causa fideicommissi peti debeant. Nam sensus eorum verborum ille est, filio post pupillarem ętatem decedente hęreditatē filij ad matrem pertinere, qua matre illā obtinente, idest si illā obtinuerit, & possessionē eius apprehēderit, cū in hęreditate filii bona Patris mixta inuenerit, & sic ea etiam apprehenderit, necesse erit illa bona substitutum à matre petere, *veluti ex causa fideicommissi*. Non comparatione ad id habita, quod à matre petatur. Nam fideicommissum extra ordinem olim petebatur, & actio realis non erat, sed potius aduersus personam, cum ex fideicommisso dominium non transferre-

tur:

tur: hæreditas verò petebatur actione reali, & hæreditatis petitione *toto tit. ff. de petit. hæred.* Sed comparatio in eo fit, quod per eam actionem, quam ex substitutione habet, petitionem scilicet hæreditatis, non potest substitutus plus consequi, quam bona Patris, quod idem consequeretur, si ex causa fideicommissi fuisset substitutus. Ergò respondent Imperatores ex facti contingentia, & in casu, quo bona Patris militis ad matrem peruenissent.

Neque hanc conciliationem destruit Fab. *lib. coniect.* 15 *cap.* 13. Is enim in summa duo aduersus hanc interpretationem affert argumenta. Primum desumit ex multis differentijs, quas considerat inter militarem substitutionem, & fideicommissariam. Inde eruit non posse militarem substitutionem comparari fideicommisso. Secundum argumentum quo vtitur, illud est, quod restitutio fideicommissi fieri non possit, nisi ab eo qui hæres fit. At cum miles fecerit hæredem filium donec viueret, ille moriens desijt hæres esse, ergò nullus est, qui tamquam hæres restituere hæreditatem possit. Sed ad hæc vnica responsio est, verè ex causa fideicommissi bona Patris non restitui substituto, sed veluti ex causa fideicommissi.

Et quamuis inter militarem substitutionem, & fideicommissum multæ sint differentiæ, vt absolute comparatio non procedat; tamen in proposito dicimus in eo duntaxat comparationem fieri, vt sicuti ex causa fideicommissi substitutus bona Patris tantum consequeretur, ità consequatur ex ea substitutione, & sicuti ex causa fideicommissi integra ea bona substitutus consequeretur non detracta falcidia, quia agitur de militis testamento *l. in testamento C. de milit. test.* ità ea omnia bona integra ex illa substitutione consequetur.

Cæterum adhuc obstare videtur quod dicitur *in l. precibus*. Substitutum consequi bona, quæ patris, cum moreretur fuerint, cum tamen *in l. Centurio* dicatur non solum bona consequi, quæ Patris fuerunt, sed & fructus in hæreditate inuêtos. Sed potest dupliciter responderi. Primò quod dicitur *in l. Centurio.* ad substitutum pertinere bona Patris cum fructibus in hæreditate inuentis, intelligendum de his fructibus, qui tempore hæreditatis filio delatæ, & acquisitæ maturi

11 fuerunt. Quamuis † enim fructus pendentes pars rei dici possint *l. fructus pen-*

12 *dentes ff. de rei vindicat.*, tamen † cum postea separantur à filio videntur ipsi filio non ex hæreditate acquiri, sed ex bonis iam proprijs effectis *l. in fideicommis-*

13 *saria* 18. *ff. ad S. C. Trebell.* Cum † autem id ità non sit in fructibus maturis, qui quoniam fundum pretiosiorem faciunt, quasi iure hæreditario capiuntur, vndè in falcidiam etiam imputantur *l. in lege 9. ff. ad l. falcid.* opus fuit I. C. Papinianum id nominatim monere, de quo alioqui dubitari potuisset. Neque aduersus hanc responsionem obstant, quæ obijcit Soccin. Iun. *ad l. Centurio n.* 164. *& seq.*

Nam ad ea ex dictis facillima responsio est. Planè animaduertendum, non posse textum *in l. Centurio.* de his fructibus intelligi, qui iacente adhuc hæreditate percepti essent, vt sentit idem Soccin. Iun. *vbi suprà n.* 171. Nam cum agatur de filio in potestate existente, nulla dari potest iacens hæreditas. Sui enim ipso iure confestim hæredes fiunt, & necessarij *§. sui autem. Instit. tit. de hæred. qua ab intest. defer.* Igitur ea recepta interpretatione, quam attulimus *ad d. l. Centurio.* Non obstat *l. precibus*, quæ nullam mentionem de fructibus facit, sed tantum dicit substitutum bona petere posse, quæ Patris cum moreretur fuerint. Nam illis verbis etiam hos fructus comprehendit, cum tempore mortis Patris hi fructus tamquam pars rei, eiusdem fuerint. Nec tamen reprehendi potest Papinianus, quod specialiter de his mentionem fecerit, quia optima id fecit ratione, & vt iustam tolleret dubitationem, vt suprà explicauimus.

Secunda, & longè melior esse potest responsio. Quod dicit Papinianus de fructibus in hæreditate inuentis, intelligendum de fructibus perceptis post mortem filij primi hæredis iacente hæreditate; idest à die mortis ipsius filij, quo

tempore desijt heres esse ex voluntate militis, vsque ad diem aditæ hæredita-
14 tis ab ipso substituto: hi † enim fructus hæreditatem augent *l. item veniunt 20. §. item non solum vers. fructus ff. de petit. hered l. ità tamen 27. §. 1. ff. ad Trebell.* ergò vnà cum hæreditate ad substitutum pertinere eos oportet, omnia enim hereditas facit heredis, quæ ipsius hæreditatis fuerant *l. 1. §. scæuola ff. si is qui testam. lib. ess. iuss. fuer.* Quoniam verò multum interest inter substitutionem militarem, & restitutionem, quæ ex fideicommisso fit quantum ad hos fructus pertinet: nempè quia in militari substitutione percepti post mortem filij omnes veniunt, vt dixi; in fideicommis-
15 so† veniunt illi duntaxat qui percepti sũt post moram fideicommissario factam *l. in fideicommissaria 18. ff. ad Trebell.* Cumque Imperatores *in d. l. precibus* comparent militarem substitutionem cum fideicommisso, vt scilicet ea consequatur substitutus militaris, quæ ex fideicommisso consequeretur, quę comparatio eò spectat, vt significetur ęquè hũc substitutum a bonis filij proprijs excludi, perindè ac si ex fideicommisso vocatus esset, necesse fuit illos non fructuum sed bonorum duntaxat, quæ Patris fuerunt cum moreretur, mentionem facere, nempè quia in fructibus fuit dissimilitudo. Non tamen indè infertur hunc substitutum non consecuturum fructus post mortem filij perceptos. Nam imò id supplendũ erit *ex l. Cẽturio* & in hoc distabit iste substitutus à fideicommissario. In bonis, quę Patris fuerunt cum moreretur, in quibus fit comparatio, fideicommissario similis erit. In fructibus, de quibus nihil dicitur *ex l. Centurio* erit *d. l. precibus* supplenda. Et hæc dicta sint iuxta conciliationem, & responsionem Doctorum magis probabilem.

16 Quæ † quidem responsio, & interpretatio si non placeret, alienam ego adderem. Nempè dicerem *in l. Centurio* æquè prout *in l. precibus* substitutum succedere ex causa fideicommissi, aut *veluti ex causa fideicommissi* vt dicitur *in d. l. precibus*. Quod quidem non ità intelligo prout intelligit Cuiacius *ad. l. Centurio lib. 6. resp. Papin.* Vt, quoties miles alicui substituit, postquam heres extitit, vel, quod idem est, alium ad tempus, alium ex tempore instituit, non valeat secundi ex tempore institutio, nisi ex causa fideicommissi. Cum enim militis sola voluntas spectetur in disponendo de rebus suis, non video, cur iure directo valere ea substitutio non possit, in quo bene à Fabro *lib. 15. coniect. cap. 12.* Cuiacius reprehenditur. Sed dico in casu *l. Centurio* prout etiam *in l. precibus* substitutum admitti *veluti ex causa fideicommissi.* non generaliter quodcunque miles substituit alicui, postquam hæres extitit, sed in casu proposito duntaxat in dictis *ll.* Videlicet quia in illo casu peculiaris ratio est: cum enim non possit iure directo valere ea dispositio, necesse est obliquetur, & in causam fideicommissi flectatur. Ratio autem specialitatis in eo est, quia in casu proposito miles filio suo impuberi substituit, si intra vigesimum quintum suæ ętatis annum decesserit; Itaque eo animo fuit, vt filio hæredem daret, & successorem, non sibi; quod constat ex eo quia certum est decedente filio intra pupillarem ætatem substitutum ex pupillari substitutione admitti. Ergò sicuti voluit miles filio heredem instituere, si infrà decimum quartum annum decederet, ità intelligimus voluisse eidem heredem instituere, si decederet intra vigesimum quintum, prout eamdem voluntatem conijcimus in Pagano post pubertatem filio suo substituente *l. verbis 7 iuncta l. in pupillari 14 ff. de vulg. & pupill.*

Neque enim verisimile est testatorem militem, qui vnica formula substituit ei, qui decederet infrà vigesimum quintum annum, voluisse & filio hæredem daré, & sibi etiam heredem instituere. Sed sicuti certũ est filio intra pubertatẽ decedente voluisse militem substitutũ filio succedere; ità credendum est voluisse eumdem substitutum eidem filio succedere, & in eius hereditate, quandocunque intra vigesimum quintum annum filius decederet, cum tempora non distinxerit, sed vnica fuerit conditio, si filius intrà vigesimum quintum annum decederet;

vnica

vnica etiam fuerit dispositio, quę diuerso iure censeri non debet, saltem in
17 milite † qui cum iura ignoret *l. 1. C. de Iur. & fact. ignor. l. fin. in princ. C. de Iur. delib.* non est credendus iuris dispositioni se accomodare, & diuersimodè disponere pro diuersitate temporum, *argumento l. si duobus l. si miles vnum 6. ff. de milit. test. l. ex militari 12. §. fin. ff. eod. l. 2. C. eod.* voluntas enim ad ignorata non trahitur *l. mater decedens ff. de inoff. test.* Sed potius censendum voluisse, quandocunque filius decederet eidem hæredem instituere, cum ignoraret id se non posse *argumento l. Lucius § fin. ff. de milit. test* At cum miles non possit filio iniuriam facere, & iure publico facultatem testandi eidem filio post pubertatem concessam auferre argumento. *l. impuberi 40. ff. de admin. tut. l. cum filiusfam. miles ff. de test. milit.* Non potest ea dispositio militis post pubertatem filio decedente, valere tamquam testamentum filij iure directo, ergò necesse est flectatur in fideicommissum.

Dicet quis hanc interpretationem recipere non posse *l. Centurio*, vbi dicitur post pupillarem ætatem filio decedente, bona Patris cum fructibus in hęreditate inuentis pertinere ad substitutum ex priuilegio militum: vndè intelligimus iure directo ad substitutum ea pertinere, & ex militari substitutione.

Respondeo imò pertinere ad substitutum veluti ex causa fideicommissi ex priuilegio militum. Et priuilegium in eo est, vt voluntas militis, quæ iure directo valere non potest, flectatur in fideicommissum; quod non potuisset tempore Papiniani in Pagano admitti: eo enim tempore, & ante Constantinum,
8 qui † verba solemnia, & directa substulit *in l. quoniam indignum C. de test.* qui post pubertatem filio pupillariter substituisset, nihil egisset. *l verbis ciuilibus 7. ff. de vulg & pupill § fin Inst. de pupill. substit.* At fauore militis substitutio verbis directis facta *in d. l Centurio.* obliquatur, vt eius voluntas seruetur.

Rursus instare quis possit, eam rationem, quę efficit in Pagano, vt dispositio verbis directis facta trahi non possit ad fideicommissum, videlicet quia qui voluit hæredem directò facere, vtiquè nullum rogauit, vt ei hęreditatem restitueret, eadem efficit, nè ad fideicommissum trahi possit directa militis substitutio, & dispositio, nempè quia & ipse noluit facere fideicommissum. Quod si fauore militis volũtas eius quoquo modo seruanda erit, multò facilius erit seruare eam ex militũ priuilegio, tamquã directè valeat prout directè substituit miles, quã ex fidecommisso, cum non ex fideicommisso, sed directè valere miles voluerit, prout verba ostendunt, ex quibus illa capienda est coniectura, vt voluerit miles ex suo priuilegio militariter substituere. Respondeo Militem, qui voluit hęredem instituere filio, vtiquè noluisse sibi instituere: repugnat enim substitutum existere hæredem filio, & existere Patri; cum ità demum hæres filio existere intelligatur, si succedat in hęreditate filij. Hęreditas autem filij profectò Patris non est, licet fortè fuerit *l. in fidei-*
19 *commissaria § quoties ff. ad trebell.* Qua † ratione qui pupillariter substituit, ineptè facit si dicat, *Si filius meus intra pupillarem ętatem decesserit, tunc Setus mihi heres esto.* quamuis enim mendum illud non vitiet substitutionem *l. coharede §. fin. ff. de vulg & pupill.* tamen verbum illud *mihi* detrahitur, & pro non adiecto habetur *l. si ità §. 1. ff. de Bon. poss. secund. tab.* Itaque non potest ea militis substitutio seruari iure directo, quia scilicet directò facta fuit substitutio, sed filio, & in hęreditate filij: non autem voluit miles sibi ipsi, post filium, substitutum hęredem facere. Ergò tamquam directa sustineri hęc voluntas non poterit, quia eo modo, quo valere potuit, facta non est, quomodo facta est valere non potest *l. multum C. si quis alter. vel sibi.* Obliquabitur ergò, & in fideicommissum vertetur. Idque fiet ex militari priuilegio.

Priuilegium autem in eo est, quia cum miles non adstringatur solemnitati verborum, sicuti nulli alij observantiæ, nulla sunt quoad militem verba directa, aut obliqua: neque has subtilitates scire miles creditur, aut tenetur verba directa, vel non directa proferre, vt effi-

ciat

ciat substitutum directò sapere, vel per fideicommissum. Itaque verbis non attentis mens ipsius militis est attendenda, qui voluit quoquo modo dispositionem suam valere. Voluit quidem filio substitutum succedere; qua ratione non potest substitutio tamquam militaris valere, ex qua substitutus succederet Patri, non filio. Et rursus quia voluit etiam post decimum quartum annum filio decedente substitutum succedere; nec potuit similiter tamquam pupillaris ea substitutio valere iure directo, vt diximus. Cæterum, quia voluit testator miles substitutum succedere in hæreditate filij: eo modo, quo meliùs hæc, voluntas seruari potest executioni erit mandanda. Ergò substitutus admittetur ad hæreditatem filij, sed quia non potest directò, & in bonis ab ipso filio acquisitis, admittetur per fideicommissum in bonis ipsius Patris, quę scilicet Patris fuerunt, posteàque filij fuerunt effecta. Ità magis seruabitur voluntas militis, quam si substitutus ex militari substitutione admitteretur, quo casu non admitteretur substitutus ad hæreditatem filij, sed Patris, quod Pater noluit. Cum igitur seruari voluntas militis non possit directò, eo modo seruatur, quo magis potest, & qui minus recedit à voluntate militis. Et sic admittitur substitutus ad hæreditatem filij, sed in his bonis duntaxat, quę Patris cum moreretur fuerunt. *Veluti ex causa fideicommissi*. Ideò quia fideicommissum Pater non fecit, si verba inspiciamus, sed lex ipsa voluntatem illius seruat per fideicommissum, quia hoc modo minus à voluntate militis recedit: vt nunc explicauimus.

Hoc verò intellectu recepto; Quod dicitur *in l. Centurio* ad substitutum pertinere bona Patris cum fructibus in hęreditate inuentis. Ego intelligerem de fructibus ab ipso filio perceptis, & adhuc existentibus. Quamuis enim hos fructus soleat hæres suos facere, nec per fideicommissum restituat *l. in fideicommissaria §. 1. ff. ad S.C. Trebell.* tamen in proposito, cum ad exemplum directæ substitutionis, quantum fieri potest sustinenda sit voluntas militis. Sicuti si valuisset ea substitutio directè, & si mortuus esset filius in pupillari ætate non solum bona patris consecutus esset substitutus, sed fructus adhuc extantes ex illis bonis perceptos: ità & per fideicommissum eos consequi debet, cum & hos restitui possit testator iubere; Quinimo
20 † & omnes quos hæres perceperit, vel saltem eorum valorem *l. quod de bonis 15. §. quod Anus ff. ad l. falcid. l. Imperator §. cum quidam filio ff. de leg. 2.* In proposito eos tantum capiet substitutus per fideicommissum, qui adhuc extant, nec consumptos petere poterit; quia voluntas militis repugnaret, qui voluit filium hęredem esse & dominum, & consequenter fructus in vsus suos conuertere.

Neque obstabit *l. precibus*, vbi nulla horum fructuum mentio habetur. Quia respondetur Imperatores in ea *l.* respondisse ad factum: Et iuxtà illam facti speciem fortè substitutus bona Patris duntaxat petebat; vel nulli extabant fructus. Præterea dici posset ibi de bonis Patris respondisse Imperatores ad exclusionem bonorum ipsius filij, non vt fructus excluderent. Cæterum quod deest in ea *l.* supplendum ex *l. Centurio*.

Potest Testator hæredem in re sua vltra dodrantem grauare ratione falcidiæ quam accipit; cum qua rem suam quam præstat compensat. Ad l. Lucius ff. maritus ff. ad Trebell.

Cap. XXX.

SVMMARIVM.

Testator non solum potest legare res hereditarias, sed etiam res haredis. n. 1.

Differentia obseruatur, quantum ad l. falcidiam, vtrum res hareditaria legetur, an verò res haredis. n. 2.

Legatis rebus hareditarijs legata vltra dodrantem non consistunt. n. 3.

Legata verò re haredis vsque ad falcidia quantitatem legatum valet. n. 4. cuius res redditur ratio. n. 5.

Impu-

Impugnatur primò hęc differentia. n. 6.
Resoluitur obiectio. n. 7.
Secunda subijcitur dubitatio. n. 8.
Resoluitur: n. 9.

1 NOrunt † omnes, non solum res nostras posse nos legare, verum etiam res hæredis. *§. non solum Instit. tit. de leg. l. vnum ex familia §. si rem tuam ff. de leg. 2. §. 1. Inst. tit. de*
2 *sing. reb. per fideicom. relict.* Verum † non mihi videntur Doctores nostri (saltem quos viderim) obseruasse differentiam quantum ad legem falcidiam attinet, vtrum res hęreditaria legetur, an verò
3 res hæredis. Nam † illo casu certum est vltra dodrantem legatum non consistere, cum quarta hęreditatis pars apud hęredem manere debeat *l. 1. §. secundo ca-*
4 *pite ff. ad l. falcid.* At † verò hoc casu legatum rei hæredis videtur valere, quamuis si precium eius rei computaretur, & de hæreditate deduceretur plus dodrante legatum appareret. Itaut videatur dicendum posse in re sua hæredem grauari vsque ad concurrentem quantitatem hæreditatis, computata etiam falcidia, & cum illa compensatione facta.

Quod quidem euidenter videtur probari *ex l. Lucius §. maritus ff. ad Sen. Cons. Trebell.* Vbi maritus ex parte tertia vxori hęredi institutę plura dedit fideicommissa, & dotem etiam prælegauit: deinde eam rogauit, vt partem illam hęreditatis, & quæcunque ei legasset post mortem suā Titio filio communi restitueret.

Dubitatum fuit an vxor prædicta etiam dotis summam ei prælegatam filio restituere deberet. Et responsum fuit in dubio non esse restituendam; sed ità demū si constaret Testatorem etiam de dote restituenda sensisse. Hoc tamen ipsum ità limitatur, dummodò non minus sit in quantitate, quę falcidiæ nomine apud vxorem remaneret, quam in quantitate dotis. Ergò vsque ad falcidiæ quantitatem potest testator hæredem in re ipsius hęredis grauare, & ità in effectu efficere, vt quartam falcidiam non consequatur.

5 Comprobatur hoc idem *ex l. Imperator §. cum quidam ff. ad Sen. Cons. Trebell.* vbi quidam hæredem instituit filium suum ex parte, ex alia parte hęredem scripsit patruum eiusdem filij, quem patruum rogauit, vt filium suum pro virili portione filiis suis cohęredem faceret.

Quæsitū fuit quid petere, & consequi posset filius ex hæreditate patrui. Responsum est, si minus esset in virili portione hæreditatis patrui, quā fuerit in ea portione, quam patruus à fratre accepit, nihil plus filiū petere posse, quia nec Patruus in plus rogatus est. Quod si in virili portione plus sit, non solum potest petere filius de hęreditate Patrui vsque ad quantitatem portionis hæreditatis, quam Patruus habuit à fratre; verum etiam ratio habenda est fructuum, quos ex illa portione Patruus percepit, vel dolo fecit quò minus perciperet, & vsque ad cōcurrentem quantitatem, & portionis illius & fructuum potest filius de hæreditate Patrui petere. Ergò hoc casu Patruus nullam consequitur quartam, sed id omne præstat quod accepit. Nempè quia non est rogatus à fratre portionem illam restituere, quam ab ipso habuit, sed rogatus est rem suam filio dare, & partem suæ hæreditatis.

Similis textus est *in l. filiusfam. §. vt quis hæredem ff. de leg. 1.* vbi si quis rogatus sit quartam partem hæreditatis suæ restituere, fideicommisso obligatur, & restituere quartam hęreditatis suę debet, quatenus patitur hæreditas Testatoris.

Confirmatur hæc sententia *ex §. 1. Instit. tit. de singul. reb. per fideicom. relict.* vbi dicitur testatorem non solum proprias res posse per fideicommissum relinquere, sed & hæredis, & legatarii, aut fideicommissarii. Id duntaxat obseruandum animaduertitur, nè plus quisquam rogetur restituere, quam ex testamento ceperit. Ergo hæres vsque adquātitatem, quam ex hęreditate accepit, nulla habita ratione falcidię; potest in re sua grauari.

Et certissimè probatur hęc sententia *ex l. cum pater §. Titio ff. de leg. 2.* in secundo responso. Cuius textus explicationem vide cap. sequent.

Ratio † autem cur ità in re sua possit hæres grauari, & quatenus ex hęreditate accepit, illa est, quia latissima primum

mum concessa potestas est legibus duodecim tabularum ad libitum disponendi *l. verbis legis ff. de verb. sign.* quę rursus fuit confirmata ex lege falcidia in primo capite *l. 1. in princ. ff. ad l. falcid.* ex qua potestate potuit testator non solum res hæreditarias, sed & hęredis & alienas legare, quatenus scilicet hęreditatis propriç vires paterentur. Coangustata fuit hęc potestas ex lege falcidia.

Sed restrictio legis falcidię res hæredis legatas non complectitur. Prohibuit lex falcidia testatorem vltra dodrantem legare, & voluit quartam partem hęreditatis suæ apud hæredem relinquere. At verò qui quartam partem suę hæreditatis apud hęredem relinquit, & præterea rem hęredis legat contra legẽ falcidiam non facit. Nam quamuis ex hęreditate quam accipit, & ex testatoris potestate obligetur rem suam pręstare, & pręstet: tamen adhuc verum est eum quartam partem hæreditatis habere; res enim illa hæredis, cum ex hæreditate non deducatur non minuit quartam hæreditatis partem, quam certè minueret rei alienæ legatum, cum intelligatur hęres iussus illam redimere, vel æstimationem præstare *§. non solum Instit. tit. de Leg.* quę sanè ęstimatio, siue precium ex hęreditate deducendum est. At hæres rem suam iam habet, nec redimere debet; eam pręstare est obligatus; dum præstat nihil deducit de hęreditate, ideo hæreditatem non minuit. Ergò quartam partem hæreditatis consequitur, licet verum sit rem suam sibi abesse. Nihil igitur fit contra legem falcidiam, ergò ex potestate illa prima quam habuit testator legatum rei hęredis consistit.

6 Aduersus † hanc nostram sententiam validissimè obstare videtur *l. cum pater §. Titio ante pen. ff. de leg. 2.* vbi Męuius à Seio fuerat hęres institutus, & rogatus hæreditatem restituere Titio fratri suo. Idem Męuius hæredem instituit Titium Fratrem suum, & eum rogauit, vt cum moreretur tam suam, quam Seij hæreditatem restitueret Sempronio. Quæritur de hæreditate Seij quid agendum. Et distinguitur, vtrum iusserit testator Titium hæredem fideicommissum non retinere ex testamento Seij. Et hoc casu fideicommissum compensatur cum falcidia; An verò simpliciter rogauerit tam suam, quam Seij hæreditatem restituere; & ità demum fideicommissum non deducet Titius, si ex fructibus hæreditatis Męuianę tantum perceperit, quod sufficere fideicommisso possit. Vnde intelligitur hoc vltimo casu debitum non compensari cum falcidia; verum imò vtrumque consequi ipsum Titium, & fideicommissum sibi debitum, & falcidiam. Ergò non obligatur Titius Seianam hæreditatem restituere ad quantitatem falcidię, quam habet ex Męuiana hæreditate.

Confirmatur argumentum *ex l. quod de bonis 15. §. quod Auus ff. ad l. falcid.* vbi in simili casu nepos ab Auo institutus, & rogatus sub conditione tam hęreditaria, quam propria bona restituere, debitum sibi ex causa tutelę, tamquam æs alienum deducit, & quartam etiam hęreditatis Aui consequitur. Plane existente conditione fructus à nepote percepti pari pecunia cum debito tutelæ compensantur: Vndè maximè constat non compensari cum falcidia. Ergò ratione falcidię non obligatur hæres propria bona pręstare.

Respondeo † tamen plurimum interesse vtrum legata sit res hæredis, an verò res sit legata à Testatore hęredi debita. Primo casu procedit quod nos diximus. Nempè hæredem rem debere propriam ex legato, & ad eam obligari ex hæreditate, quam adiuit, licet in effectu falcidiam non consequatur, cuius intuitu res propria ei abest. At verò secundo casu procedit quod dicitur in legibus in contrarium allatis. Nempè quia res ipsi hæredi debita, eademque legata præstanda ab hęrede non est, nec ratione falcidię quam retinet. Ratio verò hęc est, quia dum testator legat, vel per fideicommissum relinquit rem hæredi debitam, disponit de re, quæ in hæreditate est; de qua tamen disponere non potest, quia de hęreditate est deducenda. Itaque hac ratione inualidatur dispositio. Nam in ponenda ratione legis falcidię ante omnia, æs alienum deducendum est §. 7

cum antè Instit. tit. de Lege falcid. & ideo id etiam, quod hæredi debetur *l. in imponenda C. ad . falcid. l. 8. C. eod. l. qui fundū § si quis heredem ff. ad l. falc.* inde falcidia conficitur Non poteſt igitur cū falcidia compenſari, quòd vltra falcidiā præcipuum datur hæredi. Nec poteſt hæres ratione hæreditatis, quam accipit obligari ad id preſtandum, quod ſibi ab hereditate debetur, & quod etiam ſibi preſtatur, 8 vt præcipuum habeat. Sunt enim hæc contraria, vt cum hereditate fideicommiſſum ſibi debitum hæres preſtet, & vt ab hæreditate fideicommiſſum ſeparetur nè vna cum hæreditatę reſtituatur. Cum ergò res debita heredi ab hæreditate ſeparetur, non poteſt ab herede vna cum hereditate deberi. Nec poteſt hereditas heredem ad id preſtandum obligare, quod ipsa vltra falcidiam heredi debet.

9 Non ità eſt in Legibus pro noſtra Sententia allatis & precipuè *in l. Lucius § maritus ff. ad Trebell.* Nam ibi quamuis maritus vxori dotem deberet, tamen ipſe eam ab hæreditate ſua ſeparauit, & vxori prelegauit. Inde hereditatem, & dotem, quæ iam ipſius mulieris erat, nec ab hæreditate amplius debebatur, iuſſit ab vxore reſtitui. Quoniam verò mulier ex hereditate quartam retinet, ratione eius quartę ad dotem præſtandam obligatur iuxta ſupradicta, quamuis teſtator non iuſſerit expreſsè mulierem cum quarta dotem compenſare, ſed ſimpliciter dotem reſtitui iuſſerit, prout contigit *in d. § maritus.*

Dices cur bona propria non preſtat nepos ad quantitatem falcidiæ, *in d. l. quod de bonis § quod Auus ff. ad l. falcid.*? Respondeo ibi quæri duntaxat de ſumma ex cauſa tutelæ nepoti debita, quę cum falcidia compenſari non poteſt, cum imò prius ſit deducenda, quam conficiatur falcidia. Planè animaduertendum in caſu eius §. Nepotem non alia bona habuiſſe propria, quam ſummam ſibi ab Auo debitam. Alioqui argumentum Papiniani nullius roboris eſſet. Vult probare ibi Papinianus Teſtatorem voluiſſe nepotem debitum cum falcidia compenſare, ea ratione, quia rogauit eum non ſolum hæreditaria, ſed & propria bona reſtituere. Vndè cum oſtenderit nepotem habere propria bona, ſimul nòluit ea cum falcidia compenſare, alioqui ſi compenſaret nulla propria bona haberet. Argumentum autem non concluderet ſi nepos vltra ſummam ſibi ab Auo debitam alia bona habuiſſet.

Secundo † loco non minus validè obſtat textus *in l. ita tamen § fin. ff. ad Trebell.* vbi heres rogatus Seruos ſuos manumittere, & eiſdem hæreditatem reſtituere, precia ſeruorum manumiſſorum deducit, & præterea quartam falcidiam, ergò non compenſat precium ſuorum ſeruorum cum falcidia; Ergò ſicuti ille precium de hereditate deducit; ita & quilibet alius hæres deducet de hereditate precium rei ſibi à teſtatore legatę. Nihil † habeo quod reſpondeam. Niſi quod cum iuſſus fuerit heres ſeruis ſuis reſtituere hereditatem prius ſit, vt ſeruos ſuos manumittat, quam vt obligetur ad reſtituendam hæreditatem, & ita prius ſit, vt ſeruos ſuos manumittat, quam vt aliqua falcidia conſideretur. Prius enim eſt verſona conſtituatur, cui reſtituenda ſit hereditas, quam vt quęratur quomodo, & ex qua parte ſit reſtituenda. *l. ſi quæramus 4. ff. de teſtam. l. quidam ff. de Iur. Codicill.* Cum igitur heres ſeruos ſuos manumittit (ad quod etiam cogi poteſt poſtquam hæreditatem adiuit *l. cogi § ſed ſi ſeruo ff. ad Trebell.*) id facit contemplatione hereditatis, cuius ratione obligatur ad manumittendum, & quidem vniuerſę hereditatis. Nam adhuc quarta non poteſt conſiderari, quę poſtea eſt retinenda ratione ſibi iniunctę reſtitutionis. Ergò prius de vniuerſa hereditate precium ſeruorum eſt detrahendum, & cum vniuerſa hereditate ad concurrentem quantitatem compenſandum. Indè, cum hereditas manumiſſis ſit reſtituenda, quarta etiam eſt deducenda: certè cum quarta precium non poteſt compenſari, quæ nondum, cum ſerui manumittuntur, conſiderari poteſt,

nec debet; quamuis etiam antea esset constituta à lege. Nam cum secundum legem saltem ex ordine cognoscendi, & inquirendi priùs sit vt serui manumittantur, indè quarta constituantur. Quartam lex non constituet, nisi prius de hereditate precio seruorum deducto.

Explicatur l. cum pater 77. §. Titio antepen. ff. de leg. 2. Cap. XXXI.

SVMMARIVM.

Proponitur facti species, de qua in d. §. Titio. n. 1.
Prima ex d. textu elicitur difficultas. n. 2.
Secunda proponitur difficultas. n. 3.
In ponenda ratione l. falcidiæ æs alienum prius est deducendum, & id quod hæredi debetur. n. 4. & n. 12.
Quod fit contra Leges ipso iure nullum est. n. 5.
Item & quod contrà sententiam. n. 9.
Testator non potest efficere, quò minus in suo testamento leges locum habeant. n. 6.
Fraudem legi quis faciat. n. 7.
Ex lege est quod ex sententia legis est. n. 8.
Iussus in fraudem legis falcidiæ ipso iure nullus. n. 10.
Prima dubitatio resoluitur. n. 11. & sequent.
Debitum heredi adita hæreditate confusione tollitur. n. 13.
Videtur tolli solutione. n. 14.
Debitor succedens Creditori videtur plus capere, & minus ille, qui debitori succedit. n. 15.
Secunda dubitatio resoluitur. n. 16. & seq.
Quis dicatur in fraudem legis facere. n. 17. & exempla afferuntur.
Aliud est facere in fraudem legis, aliud facere contra rationem finalem legis: Illud ipso iure nullum est: hoc verò ipso iure valet. n. 18. exempla afferuntur.
Non incidit in edictum si quis omiss. caus. testam. qui fraudem excludit. n. 19.
Fraus pro dolo dicitur. n. 20.

EX dictis in præcedenti capite explicari potest textus difficillimus, cuius tamen difficultatem Doctores nostri, & Interpretes etiam Doctissimi dissimulant nempè *in l. cum pater 77. §. Titio ff. de leg. 2.*

1 In † hoc textu ponit Papinianus Mæuium à Seio institutum hæredem, & rogatum hæreditatem restituere post mortem suam Titio fratri suo. Idem Mæuius Titium hæredem instituit, & rogauit eum, vt moriens tam suam, quam Seij hæreditatem Sempronio restitueret. Dicitur Titium non posse fideicommissum, idest Seianam hæreditatem æris alieni loco deducere, quod ex fructibus medio tempore ex Mæuij hæreditate perceptis fideicommissi debitam quantitatem percepisset, quia ratione compensationis debitum percepisse videbatur. Ergò si fructus non percepisset, vel non in ea quantitate, quæ responderet debito fideicommisso, illud æris alieni loco deduceret. Subijcitur inde Si Mæuius forte ea lege heredem Titium instituerit, ne fideicommissum ex testamento Seij retineret, compensandum illud debitum cum falcidia.

2 Difficultas† hæc statim occurrit. Quid enim interest iusserit Testator Titio, nè fideicommissum retineret, vel eumdem rogauerit eamdem hereditatem sibi ex fideicommisso debitam Sempronio restituere? Qui rogatur restituere nonne iubetur non retinere? Sane qui restituit, non retinet. Vult primo casu Testator Titium Seianam hæreditatem restituere, ergò vult eamdem sibi Titium non retinere; Et tamen vtrum iusserit Mæuius restitui, an verò non retineri differentia constituitur.

3 Sed † maior est difficultas in verbis sequentibus eiusdem contextus. Subijcit enim Papinianus, hoc. secundo casu, (idest quando Testator iubet Titio, nè fideicommissum ex testamento Seij retineat, quò eodem casu debitum cum falcidia compensandũ est, & ideò restituenda Seiana hæreditas est nullis etiam fructibus medio tẽpore perceptis) iniquitatẽ occurrere, videlicet quia Titius heres carebit falcidia. Ideò inquit Papinianus, prudentiùs facturũ Titiũ, si ex testamẽto fratris hereditatẽ repudiauerit, & intestati possessionem acceperit. Nec videbitur (inquit) dolo fecisse, cũ fraudẽ excluserit.

Qua

Qua enim ratione, quo iure Testator iubere efficaciter potest, ne Titius
4 fideicommissum retineat, si † ex dispositione legis, falcidia conficienda est, & ità, vt detrahitur prius æs alienum, & illud etiam quod ipsi hęredi debetur? *l. in imponenda l. irritum 8. C. ad l. falcid. l. qui fundum §. si quis heredem ff. eod.*
5 Nonne † quod aduersus leges quis audet moliri, ipso iure nullum est? *l. non dubium C. de Legib.* & Testator etiam ipse in suo testamento leges, earumque di-
6 spositionem seruare debet, itaut † neq; possit quoquo modo efficere nè leges in suo testamento locum habeant? *l. nemo ff. de leg. 1.* Prætetea quamuis aliquo colore, aliqua ratione posset quis defendere aduersus legis dispositionem non esse iussum testatoris, non tamen poterit negare, si non sit aduersus verba, esse tamen aduersus mentem, & sententiam legis. Intelligitur enim ex eodem §. testatorem in fraudem legis fecisse, quam meritò potest Titius fratris hæreditatem ex testamento repudiando, & ab intestato possidendo, excludere. Frau-
7 dem † autem legis facit, qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit *l. contra 29. ff. de Legib.* At non minus aduersus legem est, quod legis sententiæ ad-
8 uersatur, quam quod verbis. Sicuti † è contrà ex lege est tam quod ex sententia est, quam ex verbis. *l. nominis §. 1.*
9 *ff. de verb. Signif.* Ideò † non minus irritum est quod contra sententiam legis est, quam illud quod contra verba est *l. non dubium C. de Legib.* Si igitur Testator, dum iubet, Titium debitum fideicommissum non retinere facit in fraudem legis, ipso iure iussus ille nullus est. Ideo inutile, & vanum consilium est Papiniani, vt Titius ex testamento fratris repudiet hęreditatem, & eandem ab intestato possideat, vt fraudem excludat. Fraus namque satis legis authoritate ex-
10 clusa est, dum † iussus ille testatoris ipso iure irritus, & nullus constituitur *l. Seia & Agerius 27. ff. ad l. falcid.* Verum (vt dicebam) grauissimæ hæ difficultates ex dictis in precedenti capite tolli possunt.
11 Nam † quantum attinet ad primam Dico plurimum interesse, verum Mæuius iubeat tam suam, quam Seij hæreditatem restitui, an verò iubeat, ne Titius Seij hæreditatem retineat.

Primo casu vult Seij hæreditatem restitui, tanquā quid proprium, licet hæredi debitū, & sic iubet illam Seij hęreditatem à sua hereditate non deduci, non separari. Hoc efficere Mæuius Testator non po-
12 test, quia † in ponenda ratione legis falcidiæ prius æs alienum detrahi debet §. *cum autem Instit. tit. de l. g. falcid.* Alioqui si quarta pars bonorum non deducto ære alieno assignaretur hæredi, fieri posset, vt nihil ipse consequeretur, vt potè qui vniuersum æs alienum soluere tenetur. Cum verò ponatur etiam hæredi testatorem debuisse, illud etiam debitum est deducendum est *l. in imponenda l. irritum C. ad l. falcid. l. qui fundum § si quis
13 heredem ff. eod. tit.* licet † enim dicatur illud confundi adita postea ab hærede hæreditate *l. debitori C. de pact. l. Stichum aut Pamphilum §. aditio ff. de solut.* & confusione tolli. Tamen non ideò sequitur vberiorem esse hæreditatē, quam si de pecunia ageretur extraneo debita. Licet enim tollatur illud debitū adita ab hęrede hæ-
14 reditate, tamen potestate solutionis tollitur *l. debitori 30. ff. fideiussor.* prout verius esse dicit ibidem I. C. Itaque si hęres sibi soluit, illud minus superest in hęreditate. Et in conficienda falcidia prius est deducendum, quod hæredi debetur, ad hoc vt hæres actionis sibi soluere possit. Quod & si quolibet alia ratione debitum confundi, & confusione tolli quis contē-
15 deret. Negari † tamen non posset tantò minus ex hęreditate capere hæredem videri, qui adeundo summa creditum amisit, sicut è conuerso debitor creditori hæres existens, vberiorem capere videtur hęreditatem, quod debito liberetur *l. cum quis §. 1. & §. si debiber ff. ad l. Falcid.* & elegans in proposito textus est in *l. si cui §. fin. ff. de eunct.* qua ratione cum id, vere minus esset in hæreditate, & in bonis defuncti fuisset, quantum hæredi fuit debitum, tanti minus ex eo hęreditas crescet, quod creditor amplius dici non possit hæres qui aditio. Nam id ità fit, quia sui ipsius debitor debitoris succedere esse cœpit, & debito-

ris patrimonium accipiendo id minus in bonis eius inuenit, quod sibi ipsi debebatur. Cum ergò æs alienum deducendum sit ab hereditate, & id etiam quod heredi debetur, sitque id necessarium, vt impleatur quod iussit lex falcidia, & quarta ad hæredem peruenire possit, frustra Testator iubet non deduci, & quod idem est vna cum sua hereditate restitui, etiam hæreditatem Seij. Videtur enim id iubere tamquam de re propria, quia scilicet verum est hæreditatem Seij esse in dominio ipsius Testatoris, & consequenter etiam contineri vniuerso ipsius Testatoris hæredi tatis iure. Cęterum cum ità sit in dominio, vt separanda tamen sit, frustrà iubet restitui. Iussus enim ipsius ad irritum recidit, cum legis potestate hæreditas Seij ab hereditate eiusdem Testatoris separetur, & assignetur saltem destinatione ipsi hæredi. Constat enim de Seij hereditate disponere Testatorem non potuisse, nihilque egisse disponendo, & dispositio ipsius corruit. At si Testator heredem suum iubeat, vel roget hæreditatem Seij non retinere, consentit prius deduci, & ad heredem peruenire. Consentit falcidiam confici, seruatis in ea re seruandis, & cum hæreditas Seij confecta falcidia perueniat ad Titium heredem, tamquam sibi debita, ipsum rogat Testator, nè eam retineat, vt potest, sed cum falcidia compenset, vt habetur *in hoc nostro §. Titio.* Qui vult debitum cum falcidia compensari vult falcidiam confici, & sic debitum etiam hæredi deduci, sed illud idem debitum vult legatariis, vel fideicommissariis non reputari, vt dicitur *in l. si debitor 12. ff. ad l. falcid.* Agnoscit ergò is testator hereditatem Seij ad Titium heredem pertinere, & dum illum rogat, nè illam retineat, nè debitum legatarijs vel fideicommissariis reputet, rogat illum tamquam de re ad ipsum eumdem heredem spectante. Non disponit tamquam de re sua, vt in præcedenti casu. Docuimus autem in præcedenti capite posse Testatorem hæredem in rè ipsius hæredis grauare, itaut eius rei in conficienda falcidia ratio non habeatur, sed teneatur hæres rem illam præstare, & cum falcidia compensare. Adde quæ in eodem præced. cap. diximus. *n. 7.*

16 Quod † spectat ad secundam difficultatem. Ex dictis intelligitur aliud esse testatorem iubere falcidiam ità confici, vt non habeatur ratio eius, quod hæredi debetur, quod quidem non potest, cum contrà legem sit. Aliud iubere Testatorem, ne hæres debitum sibi fideicommissum retineat, quia hoc casu quarta ex præscripto legis heredi assignatur, nec quid contra legem fit, sed duntaxat rogatur heres rem suam non retinere, & sic fideicommissario præstare, quod facere testator potest. Non obstat hoc casu testatorem facere contra legis sententiam, & sic in fraudem legis facere, quia in effectu hæres, qui præstat occasione hæreditatis rem suam, tantò minus videtur ex hæreditate consequi, quanti res sua est. Et apertè videtur dici in hoc nostro §. testatorem fraudem legi facere. Nam † dico ad hoc, vt in fraudem legis factum dici possit, necessarium esse id factum esse, quod lex fieri noluit, fieri tamen non vetuit, vt docemur *ex l. fraus 30. ff. de Legib.* exempla esse possunt *ex l. si quis id quod in princ. & §. quod si dum ff. de Iurisd. omn. iudic.* Et dicit Pretor eum qui corruperit id, quod in albo propositum erit, certa pœna teneri. Id vult Pretor in albo propositum non corrumpi, exprimit verò de eo, quòd in albo propositum erit, quod id soleat corrumpi, quod iam propositum, & quia non cogitat temerarium quem adeo esse, vt velit proponendum, vel quod in actu proponitur, corrumpere. Sed in summa id vult, id intendit in albo quod scriptum est non corrumpi. Dum quis proponendum, vel quod proponitur corrumpit, facit id quod Prætor noluit, & quod colligitur noluisse, licet non expresserit, ergò contra Prætoris sententiam facit. Accomodatius exemplum erit *ex l. 7. §. fin. ff. qui & à quibus iuncto §. eadem Instit. tit. Quibus ex caus. alien. non licet.*

Prohibetur minor viginti annis seruum suum manumittere, nisi vindicta apud consilium iusta causa approbata *d. §. ea-*

§. *eadem*. Minor qui videt causam fortè probare non posse, vel alia qualibet ratione nolens legem seruare, seruum vendit ea lege, vt manumittatur. Manumittitur, & quidem ab emptore, non à minore. An liber fit? minimè. Quia si effectum manumissio haberet, minor seruum per mediam personam ad libertatem perduceret, quod lex nullo modo voluit, licet hunc casum non expresserit.

Similiter exemplum desumi potest *ex l. 3. §. is autem in fin. & ex l. item si 7. §. mutui ff. ad Senat. Consf. Maced.* vbi qui dat frumentum, vt eo distracto pecunia mutua sit, vel aliam quamlibet rem dat, vt ea distracta à filiofamilias, pecunia mutua sit, licet non mutuam rectà det pecuniam, tamen dat per circuitus, & id tandem facit, quod Senatus Consultum fieri noluit. Ergò in fraudem facit. In nostro casu is qui iubet heredem rem suam dare legatario, vel fideicommissario, non facit, quò minus quartam hæreditatis heres habeat, quod illud est quod iubet lex *l. 1. §. 1. ff. ad l. falcid.* Licet enim heres rem suam præstet, tamen, quia ea in hæreditate non continetur, verum est quartam hereditatis illum consequi, cum imo ideo grauare eum possit Testator, quod quartam consequatur, cum qua veluti rem suam compensat. Potest Testator de heredis re disponere prout de sua, & dum id facit, nihil contra legem falcidiam facit. Licet heredem in re sua grauet, tamen hæres quartam hereditatis testatoris partem consequitur. Ergò cum nihil fiat aduersus legem, nec fiat quod lex fieri noluit, non potest dici factum in fraudem legis *ex d. l. fraus ff. de Legibus*

Quamuis enim occasione hæreditatis abfuturum quid sit heredi, nempè res ipsius propria alteri legata, tamen eius ratio nulla in conficienda falcidia haberi potest, cum res heredis in bonis testatoris non sit, & id iubeat lex, vt quarta pars hereditatis hæredi relinquatur.

Quartam igitur habet heres licet rogatus rem suam dare, & ita habet prout à lege confecta est, nec quod ità rogatus sit, & rem suam etiam præstet, efficit quartam hæreditatis non habere, licet eam cum re sua compenset, ergo nihil aduersus legis sententiam factum est. Factum quidem est aduersus legis rationem, quę ideo voluit quartam hereditatis heredi relinqui, vt eius lucri ratione inuitetur ad hereditatem adeundam, quę ratio impugnatur, dum heres grauatur rem suam prestare, & cum illo lucro compensare, itaut cum effectu ni-
18 hil caruat. Sed † aliud est in fraudem legis fieri, quod tunc contingit, quando fit quod lex fieri noluit; Aliud seruato iussu legis, fieri tamen contra rationem finalem legis: hoc enim casu non fit in fraudem legis, cum id fiat quod lex voluit, nec fiat contra id quod iussit. Sed defectus cernitur in lege, quę effectum, quem voluit, non potuit consequi iubendo id seruari, quod iussit. Et ne longiùs exemplis discedamus. Lex Furia voluit huic eidem incommodo occurrere, cui postea prospexit lex falcidia. Iussit non posse cuique legari vltra mille: sed multiplicatis legatis: Exempli gratia, qui decem mille habebat, si decem legatariis cuique mille reliquisset, nihil apud heredem remanebat. Non tamen quid dici poterat Testator aduersus legem Furiam fecisse. Itaque lata fuit postea lex Voconia, quę iubebat non plus legatarium capere, quam heres caperet. Sed multiplicatis legatis minimum heredi relinquebatur, & ità non bene erat prospectum, cum ob minimum lucrum heres hereditatem adire recusaret. Nihil tamen dici poterat testator facere in fraudem legis, saltem eo sensu, vt inualida quoad legata esset ipsius dispositio. Vndè tandem necessaria fuit lex falcidia, vt testatur Theophilus *de lege falcid. Instit. tit. in princ.* Lex ipsa falcidia locuta est duntaxat de legatis, ideo quia effectum non consequebatur datis fideicommissis, opus fuit Senatus Consulto, vt falcidia etiam in fideicommissis locum haberet §. *sed quia Inst. tit. de fideicom. heredi*. deindè eadem ratione extensa est ad donationes causa mortis *l. si mortis 5. C. ad l. falcid.* & ad donationes factas inter virum & vxorem *l. in donationibus C. eod.* & ad alias etiã causas.

Vndè

Vndè etiam videmus, si ea sint seruata, quæ lege iubentur, & semel sit confecta quarta inspecto tēpore mortis testatoris; si tamen casu ita res pereant, vt nihil apud hæredem præstitis legatis sit mansurum, non tamen ex ratione legis quartam deberi hęredi, nec rursus esse conficiendam, sed eo casu posse cum legatarijs hæredem concordare, si velint eum aditione legata conualidare, quæ alioqui hęreditate non adita corruerent. §. *quātitas autem Instit. tit. de lege falcid.* Sic videmus legem AEliam Sentiam prohibuisse seruos manumitti in fraudem creditorum *Instit. tit. Quibus ex caus. manum. non lic. in princ. & §§. sequent.* Si quis seruos in fraudem creditorum alienasset, eadem ratio vigeret legis; voluit enim fraudem creditoribus non fieri, cessaret tamen lex, quę de alienationibus non fuit locuta, & subintraret Prætoris prouisio, de qua *in tit. ff. quę in fraud. cred.* Et mille possent exempla afferri, quibus ostenderetur posse fieri contrà rationem legis dummodo non fiat aduersus id, quod lex fieri iussit. Et sibi imputet legislator, si ex eo quod iussit finem, & effectum non consequitur, quem cogitabat, & volebat.

Constat igitur ex his in fraudem legis falcidię non facere Testatorem, qui iubet hęredem debitum cum falcidia compensare. Seruanda igitur erit Testatoris voluntas vt dicitur *in l. si debitor. 12. ff. ad l. falcid.* Verum quia iniquitas quędam hoc casu cernitur, quia in effectu fit contra mentem legis, & quartam in effectu hęres non consequitur: poterit hęres repudiare hæreditatem fratris ex testamento, & eam possidere ab intestato.

19 Nec † incidet in edictum *si quis ommissa caus. test. &c.* quia is fraudem facere non videtur, qui fraudem excludit *l. si pupillus 42. ff. de acquir. hęred. l. 6. §. si patronus ff. si quis omiss. caus. testam.* Fraudem autem, & dolum quemdam Testatoris excludit hæres, qui grauatus est debitum cum falcidia compensare, si hæreditatem ex testamento repudiet. Nam curauit testator quantum potuit eo iussu falcidiam hæredi auferri, cuius consilium, repudiando ex testamento hęreditatem, eludit.

Et verò animaduertendum est dici hac in l. iniquitatem occurrere, & hæredem fraudem excludere repudiando ex testamento hęreditatem, quia dolus quidam Testatoris adest, & † fraus dicitur pro dolo, *vt in l. si culpa. 63. ff. de rei vindicat.* & quę semel iniquitas, postea fraus dicta est. Cæterum non dicitur in fraudem legis Testatorem fecisse, vt supra obijciebatur. Aliud est fraudem hæredi Testatorem moliri. Aliud in fraudem legis facere. Quamuis etiam aliquo modo dici possit legem fraudare eum, qui licet contra legem non faciat, & id quod lex iussit; Facit tamen contrà rationem finalem legis. Ità enim legem ipsam inutilem reddit, & eiusdem potestatem eludit.

Explicatur l. cum patrem 19. C. de iure dot. Cap. XXXII.

SVMMARIVM.

Ponitur casus legis, & communis eius legis intellectus n. 1.

Subijcitur intellectus ex sententia Auctoris. n. 2.

Proponitur dubitatio ex l. pater §. auta ff. ad l. falcid. n. 3. resoluitur. n. 4.

Demonstrauimus supra cap. 30. posse hęredem in re sua à testatore onerari, itaut eius rei pretium non deducat ex hęreditate, sed cum falcidia compenset, idque concludenter probatum est pręcipuè *ex l. Lucius §. maritus ff. ad S. C. Trebell.* & ex dictis etiam in pręcedenti capite.

Verum contrarium prorsus resolui videtur *in l. cum patrem C. de iure dot.* ex quo textu omnia destrui videntur, quę in duobus pręcedentibus capitibus à nobis sunt tradita in † d. l. cum patrem. Hęc

1 facti species ponitur. Pater cum dotem pro filia sua daret marito, pactus est, vt si post mortem suam filia in matrimonio moreretur, dimidia pars dotis Amnię restitueretur. Postea idem pater testamentum fecit, & cum alij etiam Amniam hære-

hęredem instituit, & iussit eam ex stipulatu nihil à marito petere. Quæritur an possit aduersùs maritum Amnia agere, & quid consequi possit. Et respondetur Amniam ex pacto eius qui dotem pro filia dedit agere non posse, nisi probet praeterea se à marito dimidiam dotis partem, iuxtà fidem pacti, stipulatam. Quod si probet se stipulatam, & conditionem etiam impletam, nempè mortuam filiam in matrimonio post mortem Patris: Agere quidem ipso iure poterit ex stipulatione, non obstante testatoris dispositione; Nam eo modo tolli non potuit semel nata obligatio; sed maritus cui Testator prospicere voluit, vtetur exceptione, quatenus ipsa Amnia ex defuncti voluntate accepit, idest vsque ad concurrentem quantitatem. Exempli gratia. Si dimidia dotis pars conficeret quadraginta, & id quod Amnia ex Institutione accepit ascenderet duntaxat ad triginta. Maritus duntaxat pro triginta exceptionem ex Testatoris voluntate posset opponere. Sed additur, (quod ad rem nostram pertinet) ea exceptione vti Maritum posse salua falcidia (nempè vt omnes explicant, & verba ipsa euidenter demonstrant) itaut salua, & sana sit falcidia ipsi hæredi Amniæ. Itaque si fortè pars dotis dimidia, vt dicebam, conficeret quadraginta, & eamdem summam, non plus Amnia à Testatore ex institutione accepisset, posset Maritus exceptionem opponere, seruata tamen ex dicta summa quarta ipsi Amnię hæredi. Igitur exceptio à Marito opponi poterit in triginta.

Detrahitur ergò falcidia etiam tunc quando Testator rem hæredis legauit, prout contigit in hoc casu. Nam actio aduersus Maritum filiæ Testatoris Amnię ex sua stipulatione competebat, & dum testator eam iussit nihil petere, voluit eam ius suum remittere. Rem ergò hæredis legauit, & tamen detrahitur ex ea re falcidia. Nempè quia debet de suo iure remittere duntaxat triginta, itaut decem ex hęreditate salua habeat iure falcidiæ. Ergò falsum est quod dicebamus hęredem precium rei suę non deducere ex hęreditate, sed etiam cum falcidia rem suam legatam, vel per fideicommissum relictam compensare.

2\. Ego † tamen longè alium eius legis sensum esse existimo, in eaque sum sententia, vt maximè hæc lex congruat, & cum his cōueniat, quę supra tradidimus.

Sensus namque eius legis hic est, vt Maritus aduersus Amniam ex stipulatione agentem posit opponere exceptionē vsque ad concurrentem quantitatem, quā Amnia ex Institutione accepit, qui à hactenus grauari in re sua hęres potest vt suprà diximus, non in plus. Idque dicitur posse maritum efficere *salua falcidia* salua falcidiæ lege. Nam ex illis verbis *salua falcidia* remouetur tacita quædam obiectio, quæ fieri potuisset. Videbatur enim Amniæ falcidiam non relinqui, si in solidum exceptio pro ea quātitate, quam à Testatore Amnia acceperat, marito concederetur. Nam acceperat Amnia ex institutione duntaxat quadraginta, & tantamdem quantitatem marito prestabat, & de suo remittebat, ergò falcidiam Amnia non consequebatur, idque erat aduersus legem falcidiam.

Verum hæc obiectio ex illis verbis remouetur *salua falcidia*, quibus monemur dici non posse saluam falcidiam Amnię non esse, cum & falcidiam habeat, & vniuersam etiam quantitatem iure hęreditario capiat, nec ea aliquo modo minuatur ex fideicommisso ab Amnia relicto. Nam illud non deducitur ex hęreditate cum ex hęreditate non fit, sed ex patrimonio ipsius hæredis præstetur. Falcidiam ergò minuere, vel tollere non potest, quę quarta pars est bonorum, & hæreditatis Testatoris *d. l. 1. §. 1. ff. ad l. falcid.* Verum quidem est quantitatem quam remittit, compensare Amniam cum quantitate, quam ex institutione accepit, & quidem cum vniuersa quantitate. Non indè tamen sequitur Amniā falcidiam non habere, quia imò si non vniuersam quantitatem illam acciperet, nec compensationi locus esset, nec exceptioni, quę hactenus conceditur, quatenus ex defuncti volūtate Amnia accepit.

Maxime igitur ex hoc textu confirmantur quæ supra diximus, & probatur

tur

tur rem suam legatam, vel eius precium heredem de hæreditate non deducere, vt in ponenda quarta eius rei, vel precij ratio non habeatur.

3 Sed † vt omnia tollantur (saltem quę nunc mihi occurrunt) quæ hac in re negocium facere videntur. Non ommittendus textus *in l. pater. 14. §. Auia ff. ad l. falcid.* vbi Auia, quæ exempli gratia quatuor habebat nepotes, quorum duo fuerant instituti ab alio, & iussi alijs duobus legata dare, vel fideicommissa, ex quibus tamen legatis poterant falcidiam detrahere. Auia (inquam) eosdem quatuor nepotes instituit, & illos duos, qui ab Alio fuerant instituti, rogauit, vt solida legata fratribus soluerent omissa retentione falcidiæ. Dicitur fideicommissum valere, sed hoc quoque onus in contributionem venire, & communi calculo subijci in ratione falcidiæ ineunda, vt dicitur *in l. in ratione 11. §. quæsitum ff. ad l. falcid.* Et tamen hoc casu hęres grauatur in re propria, non in re testatoris.

4 Facilis † est responsio si casus ponatur prout à Doctoribus ponitur communiter, quem casum æque recipiunt verba eius §. Dicunt enim Doctores Auiam fuisse institutam ab Alio, & iussam duobus ex dictis nepotibus legata dare, quę tamen cum excederent dodrantem, legis falcidię potestate fuerunt minuta. Eadem Auia quatuor nepotes instituit, & rogauit illos duos, quibus nihil ex alterius testamento illo debebat, vt integra legata soluerent fratribus, & cohęredibus suis. Hoc casu non mirum, si hoc onus integra legata soluendi veniat in contributionem, quia cum Auia in bonis suis haberet falcidiam, quam aduersus legatarios poterat deducere, id ius transmisit pro parte ad illos duos nepotes, quibus nihil debebat, qui ex persona, & iure Auiæ poterant falcidiam de legatis ab Auia debitis fratribus suis detrahere. Et sicuti hoc ius deducendæ falcidię, quod habuit Auia inter bona eiusdem Auię computatur. Ità cum ea iubet duobus illis nepotibus, vt hoc ius remittant fratribus suis, sua bona diminuit. Itaquè si vniuersis legatis consideratis ab Auia relictis locus falcidiæ sit, etiam ex hoc fideicommisso non deducendę falcidię aduersus cohæredes ex alieno testamento, quod quidem ex bonis Auię præstatur, falcidia erit deducenda.

Pręterea etiamsi reciperetur prima facti species, quam magis probat Cuiacius *ad illam l. ad Papin.* non tamen statim sequeretur illud fideicommissum esse de re hæredis. Imò dici potest esse de re, & bonis ipsius Auię, & de eiusdem hæreditate soluendum.

Cum enim Nepotes debeant duntaxat partem legatis, putà legatis centum debeant septuagintaquinque rogat Auia vt soluant centum, & sic vt soluant viginti quinque, quę soluere ex primo testamento non tenentur. At verò cum Auia ipsa hoc onus imponat soluendi, intelligitur velle de sua hęreditate soluere, sicuti quando Testator legat rem alienam, intelligitur velle, vt ex pecunia hęreditaria hęres eam redimat, vel ęstimationem legatario pręstet, qua ratione ex eo legato falcidia detrahitur *l. 1. §. non solum ff. ad l. falcid.* Alioqui quando testator legat id quod in genere consistit, dubitari posset, an vellet illud de sua substantia hæredem præstare, quod tamen numquam credendum, quia cum intuitu hęreditatis legata dentur, semper ex hęreditate sunt deducenda, si possint deduci. In casu proposito ea viginti quinque possunt solui de hæreditate Auiæ, ergò nulla ratio est, cur intelligamus soluenda ex bonis proprijs ipsius hęredis. Itaque etiam retenta hac facti specie textus necessariò aduersus nostram sententiam non concluderet. Tantò verò minùs quod recepto casu, qui communiter ad hunc textum effingitur, & quidem rectè, textus ille ad rem nostram non pertinet.

Eplica-

Explicatur l. fideicommissa 11. ff. cum esset ff. de leg. 3. Cap. XXXIII.

SVMMARIVM.

Ponitur facti species textus. n. 1.
Dubitatur aduersus textum. n. 2.
Refertur responsio communis. n. 3.
Reijcitur. n. 4.
Auctor textum explicat. n. 5.
Proponitur alia contra textum dubitatio, & resoluitur. n. 6.
Explicatur textus in l. deducta §. acceptis ff. ad S. C. Trebell. n. 7.
Explicatur l. cum pater 77. in princ. ff. de leg. 2. n. 8.
Item & l. peto in princ. ff. eod. n. 9.
Explicatur & l. acceptis §. fin. ff. ad l. falcid. n. 10.

1 PRoponitur † in hoc §. rogatus quis accepta certa quantitate portionem suam restituere; Et quæritur vtrum possit vltrò ab hærede eam quantitatem petere, & an ità demum restituere teneatur, si velit petere, vel potius etiam cogatur accepta certa quantitate restituere. Et respondetur, cum quis rogatur accepta certa quantitate portionem suam restituere, duplex esse fideicommissum; vnum, vt possit ille petere quantitatem paratus portionem cedere. Aliud, vt si non petat, cogatur tamen fideicommissario restituere parato præstare quantitatem.

2 De † quo tamen responso valdè dubitari posse videtur. Quoties enim quis rogatur E. G. Męuio restituere hæreditatem accepta ab ipso certa quantitate, fideicommissum factum intelligitur in gratiam ipsius Męuij, ideò contrà ipsum intelligi ità non potest, vt nolens possit ad certam quantitatem pręstandam vrgeri: qua ratione fideicommissarium cogi non posse certam illam quantitatem pręstare respondetur *in l. in ratione §. tametsi ff. ad l. falcid.*

3 Communiter † Doctores post glossam *in d. l. in ratione § tametsi* respondent *in l. fideicommissa §. cum esset*, fuisse hęredem rogatum cohęredi suo restituere, accepta ab illo certa quantitate; cum igitur cohæres fuerit is, qui onerari potuit, vt potè honoratus, non mirum si duplex inducatur fideicommissum. At *in d. §. tametsi* fideicommissarius non fuerat antea honoratus, ergò non potuerat fideicommisso certę quantitatis onerari.

4 Sed † reijcitur hęc responsio ex eo, quia si fideicommissarius *in d. §. tametsi* non fuisset honoratus, ineptè quęreretur, an esset ipse fideicommisso adstrictus, & cogi posset quantitatem præstare. Præterea non hęc ratio ibidem redderetur, quod talis oratio magis ipsius causa, quam contrà ipsum posita esset. Sed potius illa ratio redderetur, quod honoratus fideicommissarius non esset. Tandem illa ratio, quę ibi redditur locum habet etiam in eo, qui honoratus est. Nam adhuc videtur voluisse eum Testator fideicommisso certæ quantitatis adstringere, cum ipsius gratia fideicommissum restituendę hæreditatis ordinauerit.

5 Ego † itaquè in ea sum sententia, quoties quis rogatur hereditatem restituere Titio ab eodem certa quantitate accepta, fideicommissum non induci in ea quantitate, quamuis ipse idem Titius fuerit honoratus, ea ratione, quę redditur *in d. § tametsi*. Cæterum non hunc esse casum, de quo agitur *in d. l. fideicommissa, §. cum esset ff. de leg. 3.* Sed casum ità ponendum existimo. Seius à testatore hæres institutus, vel alio quolibet titulo honoratus, rogatus fuit portionem suam restituere Titio extraneo accepta certa quantitate, nec demonstrata fuit persona, quę quantitatem istam dare deberet. Duplex hoc casu inducitur fideicommissum. Nam cum voluerit Testator Seio certam quantitatem dari, nec persona fuerit dantis designata, videtur ab hærede hanc summam pręstari voluisse Testatorem, vt respondetur apertissimè *in l. seruus legatus 108. §. non autem mirandum ff. de leg. 1.* Nec mirum, cum & si voluit testator hereditatem restitui; nec personam designauerit, cui sit restituenda, intelligatur voluisse hæredi restitui *l peto in princ. ff. de leg. 2.*

Ergò petet Seius certam illã quantita-

tem ab hęrede, ipse autē idem tenebitur Titio suam portionem restituere, cum in ea fuerit honoratus, & præterea fideicommissum ab hęrede acceperit. Et sic duplex erit fideicommissum, & hoc casu cessabit ratio, quę affertur *in d. §. tametsi*, cum Seius ab hęrede accipiat, non à Titio, cuius gratia Seius oneratus est. Planè cum verba illa *acceptis centum restituas* conditionem etiam importent respectu Seij, qui non aliter cogitur restituere, quam prius centum acceptis *l. à testatore ff. de cond. & dem.* necesse erit, si fideicōmissarius voluerit cogere Seium ad portionem suam restituendam, ipsum offerre certam illam quantitatem, & soluere etiam, si Titius accipere non recuset. Idque facere poterit, non solum quia potest quis pro alio etiam inuito soluere *l. soluendo ff. de negoc. gest.* verum etiam, quia cum certa illa quantitas data sit Seio, vt Titius consequi illius portionem possit, videbitur ipsius etiam Titij gratia certa illa quantitas data. Itaque agere ipse etiam poterit aduersus hæredem *argumento l. si cui legetur. 49. §. Titio & §§. sequent. ff. de leg 1.*

Hunc verò casum sensisse I.C. *in d.l. fideicommissa §. cum esset.* conijcio ex eo, quia separatur in eo §. hęres à fideicommissario, & grauatum suam portionem restituere, dicitur, vltrò ab hęrede fideicommissum petere posse, non verò dicitur petere à fideicommissario, ergò fideicommissarius ipse fuerat grauatus certā quantitatē dare, sed nulla persona fuerat designata, quę dare deberet, ideò ab hęrede certa illa quantitas petitur. E contrà quando agitur de portione restituenda, non dicitur ea hęredi, vel cohęredi restituenda, sed fideicōmissario, quod scilicet ille hæres nō sit, sed extraneus: distinguitur enim, vt dixi hæres à fideicommissario. Pręterea *in d. §. cum esset.* magis dubitatur, an fideicommissarius, Titius scilicet (iuxta casum supra à nobis positum) possit à Seio portionem petere, quam, an possit Seius: cum tamen videretur magis dubitandum, an Seius quantitatem illam petere posset, vt potè cum videretur esse in conditione, non in dispositione *ex d. l. à testatore ff. de cond. & dem.* Nam de Titio 6

nulla videtur ratio dubitandi: etenim Seius qui fuerat honoratus sine dubio fideicommisso potuerat onerari, & tamen de Seio sine hęsitatione respondet I. C. *vltrò petere ipsum fideicommissum ab hęrede posse*. Cum verò quęrit de Titio, an scilicet Seium cogere possit, inquit id esse *propria deliberationis*. Nēpè ratio dubitandi ex eo erat, quia Seius non poterat cogi restituere nisi accepta certa quantitate; certam autem illam quantitatem non à fideicōmissario accipere iussus erat, sed ab hęrede, & eius quantitatis ratione effectus & ipse erat fideicommissarius, vt videri posset ità demum quantitatem accipere testatorem voluisse, si petere vellet. Contrarium tamen I C. determinat, videlicet posse etiam ipsum fideicommissariū eam quantitatem offerre rationibus quas supra attulimus, sit prætered, ne reddatur inutile, & ex voluntate Seij pendeat fideicommissum Titio datum accepta certa quantitate præstare, cum tamen voluerit testator illud accepta certa quantitate non ad libitum Seij, sed omnino præstari. Cæterum cessasset dubitatio illa, si Seius Titio rogatus restituere ab eodem Titio accipere quantitatem iussus esset, & maxima fuisset dubitatio, an vltrò Seius petere certam quantitatem posset à Titio, cum quamuis Titius fuisset & ipse honoratus, tamen videri posset conditionis implendæ causa, quantitatem illam solum testatorem voluisse, & sic ità demum si Titius vellet conditionem implere, & portionem Seij consequi cuius Titij gratia fideicommissum portionis restituendæ fuerat ordinatum, vt dicitur *in d. l. in ratione §. tametsi*. Cum ergò casum à nobis suprà positum decidat Vlpianus *in d. §. cum esset.* & casum eundem qui ponitur *in d. l. seruus legatus §. non autem mirandum ff. de leg. 1.* non mirum si dicat, cum quis accepta certa quantitate rogatur portionem restituere duplex esse fideicommissum. Nam id semper verum est, quoties quis est rogatus portionem restituere accepta certa quantitate, sed non designata persona, quę dare eam quantitatem debeat.

Sed † videtur aduersus hanc decisionem

nem obstare quod communiter sentiunt Doctores omnes, grauatum hęredem suā portionem restituere accepta certa quātitate, ide bene eam quantitatem ex sua portione retinere, non autem consequi à cohęrede, vel fideicommissario, nisi expreſſè id dictum fit, quod probari videtur *ex l. deducta. §. acceptis ff. ad Trebell. l. cum Pater 77. in princ. l. peto ff. de leg. 2. l. acceptis. §. fin. ff. ad l. falcid.* Ergò in casu *d. §. cum esset.* debuisset Seius suam portionem rogatus restituere accepta certa quantitate, eamdē sua portione retinere, non autem consequi ab herede. Cęterum Respondeo vel ponendum Seium hęredem non fuisse, sed partem aliquam bonorum, idest aliqua bona hæreditaria habuisse alio titulo, quam institutionis. Nā verbum illud *portio* est generale, & conuenit cuique parti etiam non hæreditatis, *l. 3. §. quidam ff. ad Trebell.* vel ibi constituisse testatoris mentem illam fuisse, vt Seius non retineret, sed vt ea quantitas illi daretur non designata tamen persona dantis. Verba enim, quę in textu habentur, non sunt Testatoris, sed I. C. qui supponit tamquam certissimum certā quantitatem præstandam, non retinendam esse. Præterea nescio, an satis vera sit communis illa sententia. Nam imò video rogatum hęredem restituere accepta certa quantitate, de sua portione illum eam quantitatem non retinere, sed aliundè consequi *l. si heres 90. ff. ad l. falcid. melius ex d. l. à Testatore ff. de cond. & dem.*

7 Neque † ex præallegatis iuribus prædicta communis sententia necessariò videtur probari. Nam quod dicitur *in l. deducta. 58. §. nummis. vel §. acceptis. ff. ad l. falcid.* rogatum hęreditatem restituere accepta certa quantitate, eam pecuniam iure falcidiæ accipere videri, quia D. Hadriani rescriptum intellectum est tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, non debet intelligi de ea quantitate, quam quis ex portione sua retinet, sed imò de ea, quam hæres conditionis implendæ causa accipit; quam pro falcidia esse rescripsit D. Pius, si modo falcidię sufficeret *l. in quartam ff. ad l. falcid. l. acceptis ff. eod. l. facta §. rescripta ff. ad Trebell.* qui idem D. Pius ille est Hadrianus, de quo mentio fit *in d. l. deducta. §. acceptis & in d. l. acceptis.* vt bene probat Cuiacius *ad d. §. nummis.* Esse verò de ea quantitate intelligendum textum, quæ conditionis implendæ causa accipitur, probatur, quia dicitur ibi videri accipi iure falcidiæ, ergò verè iure falcidiæ non accipitur, sed magis ex rescripto: quod si quantitas illa ex hæreditate retineretur, verè iure falcidiæ acciperetur, non autem accipi videretur. Probatur etiam euidentur ex eo, quia dicitur rescriptum ità intellectum, tamquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, ergò non retinuit ex bonis, sed quod accipitur conditionis implendę causa, perindè ex rescripto iure falcidiæ accipi videtur, ac si ex bonis hæreditarijs hęres eam quantitatem retinuisset, quasi precium illud ex bonis consecutus fuerit. Vndè ut in eodem contextu subijcitur, si cohæredi partem suam restituere quis esset rogatus ab eo accepta pecunia, ut in primo casu, quando scilicet de extraneo agitur, idem esset, nam ea pecunia pro falcidia esset. Secus uerò si prædium hæreditarium accipere ab hærede iussus esset conditionis implendę causa. Nam pecunia ex portione retineri potest. At prędium pro parte, quę spectat ad cohæredem, nonnisi ab illo accipi potest. Ergò cum non possit uideri retineri ex portione grauati, ideò nec iure falcidiæ à cohærede capi uidetur ex eo rescripto, quod ità est intellectum, ut quæ pecunia conditionis implendę causa accipitur pro falcidia sit, quasi ex bonis, & ex portione grauati fuisset retenta.

8 Neque † eadem sententia probatur *ex l. cum Pater 77. in princ. ff. de leg. 2.* Nam ibi grauatus restituere iubetur, accipere non ab aliquo etiam non demonstrato, sed ex hęreditate. Ergò intelligitur Testatorem uoluisse ipsum sibi accipere non posse: uerò nisi ex sua portione hæreditatis accipere; non mirum, si certam quantitatem ex sua portione retineat. Potiùs mirum est, cur totum fundum ipse accipiat, cum inutiliter velit testator eum sibi accipere. Sed benignè

in eo sit interpretatio vt dispositio Testatoris vtilis sit *l. Titia §. Lucius Titius ff. de leg. 2.* Et præterea *in d. l. cum pater* Testator vult grauatum accipere certam illam quantitatem in suam portionem, idest pro portione debita. Ergò vult accipere ex sua parte hæreditatis, alioquì si à cohęredibus acciperet in falcidiam non imputaret (saltem si falcidię non sufficeret) *l. in quartam ff. ad l. falcid.* quia iure legati acciperetur ex portionibus cohæredum conficienda, & ex vniuersa hæreditate. *l. hęredes §. fin. & l. sequent. ff. fam. Ercisc.*

9 Nec † magis vrget pro sententia prędicta *l. peto in princ. ff. de leg. 2.* Nam ea verba *peto contentus sis centum aureis pro parte tua* important retentionem, non autem vt ille ab alio accipiat; cum imò ex illis verbis quod superest vltrà centum videatur rogatus cohæredibus restituere.

10 Tandem † neque illud probatur *ex l. acceptis §. fin. ff. ad l. falcid.* nam ibi vnus solus est institutus, & persona dantis non est designata. Necesse ergò est, vt hæres à se accipiat, cum alij non sint cohęredes à quibus accipere possit. Quod verò vnus sit probatur, non solum quia de vno tantum fit mentio, sed etiam intelligitur ex eo, quia in principio eius legis ponitur hęres rogatus restituere hęreditatem Męuio acceptis ab ipso centum, & dicuntur ea centum quartam bonorum efficere, ergò agitur de tota hæreditate, alioqui centum non quartam bonorum absolutè, sed portionis grauati dicerentur conficere. Idem verò casus retinetur in §. finali.

His ergò argumentis cessantibus fortè videri possit, quoties testator iubet hæredem accepta certa quantitate hęreditatis partem restituere, id velle, vt grauatus à cohæredibus certam illam quantitatem accipiat: propriè enim quãtitas illa accipitur, quę nobis datur, non quam retinemus, nisi expressè vel tacitè iubeamur ipsi nobis accipere, quo casu & dantis, & accipientis vice fungimur, quia ipsi nobis damus, & accipimus, sed id magis fieri intelligitur, quam verè fiat.

De Sententia l. 2. ff. 1. ff. de Peric. & comm. rei vend. Cap. XXXIV.

SVMMARIVM.

QVid intersit res quæ pondere, numero, mensura consistunt vno precio emantur, an dicto precio in singulas libras in singulos modios, vel singula corpora n. 1.

Proponitur difficultas ex l. 2. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. n. 2.

Refertur Accursij, & Fabri interpretatio. n. 3.

Subijcitur Auctoris interpretatio. n. 4. & seq.

Vino ad mensuram vendito, non efficit mensura, vt plus, vel minus emi possit, sed vt appareat, quantum sit emptum. n. 5.

Contractus etiam conditionalis ligat contrahentes. n. 6.

Venditor qui custodiam non præstat tenetur ad interesse. n. 7.

Ad interesse tenetur venditor, qui rem venditam non pręstat. n. 8.

Interdum datur actio ex empto licet emptio nulla sit. n. 9.

Explicatur textus in l. si in venditione §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. n. 10.

1 VIno † ad mensuram empto precio in singulas Amphoras statuto, non antè perfecta est emptio venditio, quam fuerit admensum, quasi sub conditione contracta sit emptio, vt ità demum perfecta sit, si venditor fuerit admensus *l. quod sępè §. in his ff. de contrah. empt.* vbi idem respondetur in alijs omnibus rebus, quæ pondere, numero, mensuraque constant; Nam in his omnibus, multum interest vno precio emantur, an verò statuto precio in singulas libras, in singulos modios, vel in singula corpora. Quoniam verò conditionalis intelligitur venditio, ante diem admetiendi omne periculum ad venditorem pertinet. *d. l. quod sape §. sed & si ex doliario ff. eod. l. si per emptorem 5. ff. de peric. & comm. rei vend.*

2 Vndè † non sinè ratione dubitari potest de eo, quod respondetur *in l. 2. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* venditorem

antè

antè admetiendi diem custodiam prǽsta-
re debere, & diligentiam, ità tamen,
vt fatale damnum, vel vis magna illum
excusent. Id enim euidenter pugnat cum
iuribus paulò antè allatis, ex quibus con-
stat ad venditorem interim periculum
omne spectare, & ità & vim magnam,
& fatale damnum.
3 Accursius † *ad d. l. 2. §. 1.* respondet
ponendum vinum venditum in specie,
& duntaxat emptorem, vt sciret quan-
tum emisset, metiri voluisse, quem sequi
videtur Anton. Faber *ad eamdem l. in ra-
tional.* Ceterum omninò improbabilis est
interpretatio, & diuinatiua. Nullus
enim vsus est illius mensurę, quam Ac-
cursius comminiscitur, neque eam vn-
quam considerarunt Iurisconsulti, & in
dicto textu generaliter quærit Gaius
qualem custodiam ante admetiendi
diem venditor præstare debeat; vndè
generaliter intelligi debet, non restrin-
gi ad eam mensuram, quæ omninò inu-
tilis, & sine effectu est futura, ad quam
non est verisimile diem à contrahenti-
bus dictum. Sed potius quod dicitur *in
d. l. 2. §. 1.* intelligendum ità est, vt
veniat consequenter ad declarandum id,
quod dictum fuerat *in l. 1. §. sed & custo-
diam.* nempè vsquè ad diem admetien-
di custodiam prǽstare venditorem opor-
tere. Nam *in d. l. 2. §. 1.* declaratur,
quę custodia prǽstanda sit.
4 Ego † existimo ante diem admetien-
di ex voluntate contrahentium pericu-
lum omne ad venditorem spectare, quia
nondum perfecta venditio est. De cu-
stodia verò venditorem non teneri sibi,
vt intelligunt Doctores (Id enim est
ineptum, cum rem suam quilibet possit
negligere, aut saltem de negligentia si-
bi ipsi non possit esse obligatus) sed ante
admetiendi diem eumdem ad custo-
diam vini venditi teneri ad commo-
dum, & fauorem emptoris. Cum enim
vino ad mensuram empto, licet non-
dum perfecta sit emptio venditio, ità
tamen contracta sit, vt ab ea neuter con-
trahentium liceat discedere. Imò † cum
5 mensura non ad id facienda sit, vt plus,
vel minus veneat, sed vt appareat quan-
tum ematur *l. si in emptione §. alia causa
est ff. de contrah. empt.* interest empto-
ris rem emptam seruari, donec admen-
6 sa fit. Si † enim ab initio ius intelligitur
acquiri existente postea conditione, vel
saltem spes aliqua à die contractus, etiam
quando adiecta est casualis conditio *l. po-
tior §. 1. l. qui balneum ff. qui potiori in pi-
gnor. hab.* multò magis dicetur ius acqui-
ri in hoc casu, quo fieri non potest,
quin conditio impleatur, vel pro imple-
ta habeatur, si scilicet emptor vendito-
rem ad mensuram interpellet, & is ad-
metiri recuset. *l. iure ciuili ff. de cond. &
dem.* Cumque intersit emptoris venditio-
nem perfici, non debet esse in arbitrio
venditoris, qui nec ab emptione vendi-
tione potest recedere, rem ità negligere
vt ea pereat, neq perfici vēditio possit. In-
terim ergo ad custodiā venditor tenetur,
ità vt si forte negligens sit, emptori ad id
7 quod interest teneatur, prout † tenetur
regulariter venditor, qui custodiam
quam debet non præstat. *§. cum autem.
Instit. tit. de Empt. vendit. l. venditor 36.
8 ff. de action. empt.* Nam † sicuti ad inte-
resse tenetur venditor, qui rem vendi-
tam non præstat *l. 1. ff. de Action. Empt.*
ità & is teneri debet, qui facit, quò mi-
nùs prǽstare possit. Licet enim perfecta
omninò venditio non sit, tamen vendi-
ta quodammodo, & empta res, videri
potest, cum futurum omninò sit, vt
vendatur, & perficiatur emptio ven-
ditio, vt potè cum à potestate contra-
hentium pendeat implere id, quod per-
fectionem eius suspendit, quorum neu-
ter possit recusare, quò minus impleat.
Qua ratione vinum, quod nondum ad-
mensum est, dicitur propè quasi non-
dum venditum *in d. l. 1. §. sed & custodiā
ff. de peric. & comm. rei vend.* vt ex tot
improprietatibus demonstretur ferè vē-
ditum esse, nec aliud deesse perfectæ
venditioni, nisi quod ante admetiendi
diem omne periculum etiam deteriora-
tionis ad venditorem spectet, quod alio-
qui perfecta venditione pertinet ad Em-
ptorem. Hoc verò vnum voluerunt con-
trahentes, cum precium in singulas am-
phoras constituerunt, magis quam con-
ditionem, cuius naturam quoad hoc pe-
riculum noluerunt attendi. *l. necessariò*

ff. de

ff. de peric. & comm. rei vend. Mirum ergo videri non debet hoc casu emptori adversus venditorem actionem ad id, quod interest dari, licet perfecta omninò 9 venditio non sit. Maximè † cum & detur interdum à duersus venditorem actio, licet emptio venditio nulla sit *l. qui officij §. 1. ff. de contrah. empt.*

10 Et † ex his explicari potest textus *in l. si in venditione 10. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Nam etiam vendito ad mensuram fundo, non potest emptor agere aduersus venditorem, si ante diem mensurationi dictam casu pars perierit. Nempe non potest agere ad id quod sua interest. Non tamen id intelligendum est ità, vt si fortè aliquid precij nomine prorogasset, non possit repetere. Nam antè mensuram imperfecta venditio est, & periculum omne ad venditorem pertinet, vt suprà ostendimus.

De Sententia, & ratione l. Auia C. de Iur. dot. Cap. XXXV.

SVMMARIVM.

Proponitur casus legis. n. 1.
Rationes decisionis à Glossa allatæ afferuntur, & reijciuntur. n. 2. & seq.
In traditione rei sua potest quis eam legem dicere, quam vult. n. 3.
Dotem dans pro muliere potest pasciscí sibi restitui. n. 4.
Pater tenetur dotare filiam. n. 5. etiam emancipatam. n. 8.
Pater dans dotem filiæ dicitur liberalitatem exercere. n. 6.
Stipulatio si sit sine causa, ex ea agens exceptione repellitur. n. 7.
Pater dans dotem pro filia emancipata potest pasciscí sibi dotem reddi. n. 9.
Pater in ipsa datione dotis potest pasciscí in præiudicium filiæ. n. 10.
Nouatio est præcedentis obligationis in sequentem transfusio. n. 11.
Per nouationem inuito non possumus ius suum auferre. n. 12.
Auctoris subijcitur interpretatio. n. 13.
Pacta intelliguntur secundum naturam contractus. n. 14.
Conditio, quæ tacitè inest, si fuerit expressa, non facit actum conditionalem. n. 15. limita, nisi disponens voluerit conditionem efficere. n. 16.
Stipulatio non sequitur naturam contractus, super quo interponitur. n. 17.
Stipulatione super aliquo contractu, vel negotio interposita, ex ea sola nascitur actio. n. 18.
Quisque censetur à ancre velle hæredibus suis. n. 19.

1 Auia † dotem dedit nepti ex filio, & in traditione dotis, cum marito neptis pacta fuit, vt soluto matrimonio dos sibi restitueretur. Moriens hæredem instituit filium suum. Indè diuortio solutum est matrimonium. Quæsitum fuit, an filius posset solus non expectato consensu filiæ dotem exigere, an verò adiuncta persona filiæ dotem repetere deberet, prout erat obseruandum, non solum in profectitia, verum & in aduentitia dote, si filia in potestate Patris fuisset teste Vlpiano *in fragm. tit. de Dote*. Vel etiam si filia fuisset emancipata, An ipsa dotem posset repetere. An verò solus Auiæ hæres. Ratio dubitandi in eo erat, quia si fortè Pater pro filia det dotem, & in traditione pasciscatur soluto matrimonio eam sibi restitui, quandoquè soluto matrimonio non poterit ipse sine consensu filiæ agere, & si fortè fuerit præmortuus, actio dotis præcipua filiæ erit, non autem eam transmittet ad hæredes suos, nisi fortè fuerit stipulatus. Nam nuda conuentio non sufficit. Idem ergò dicendum in Auia videbatur, vt ea mortua actio neptis esset, non hæredis Auiæ. Respondetur tamen *in d. l. Auia C. de Iur. dot.* non eamdem causam esse Patris, & Matris. Nam pactum Matris, vel Auiæ actionem præscriptis verbis constituit, quam ad hæredes suos transmittit. At simplex Patris conuentio actionem profectitiæ dotis nomine competentem non potest innouare. Itaquè ea lege docemur diuersum ius Patris, & Matris esse. Rationem autem diuersitatis non docemur, nec eam reddere satis est expeditum.

2 Glosa † *in d. l. Auia in verbo simplici*, quatuor affert rationes. Prima est, quia Patri prouisum à lege est, cui etiam sine pacto

pacto competit actio cum filia cōmunis. At extraneo prouisum non est, ergò facilius permittendum ei est, vt sibi caueat. Verum ex hac ratione non intelligi-
3 mus cur cum in † traditione rei suę quisque eam legem dicere possit, quam mauult *l. in traditionibus. ff. de pact.* qua
4 † ratione extraneus dans dotem pro muliere, potest rectè pasciscí sibi restitui *l. legem C. de pact. l. 1. C. de pact. conuent.* Iu etiam non liceat Patri, si fortè legis prouisione non contentus, velit præcipuam sibi actionem esse, eamque ad hęredem suum transmitti.

5 Secunda ratio Glossę ea est, quia † pater tenetur dotare filiam *l. qui liberos 19. ff. de Ritu nupt.* Itaque dotem tamquam debitum soluit; non mirum si pasisci non possit sibi reddi. Secus est in extraneo. Sed falsum est Patrem filię dotem
6 debere, cum † dotem dans pro illa dicatur liberalitatem exercere *l. fin. C. de dot. promiss.* Quod si deberet, nec posset stipulando filiæ actionem auferre, & vel sibi præcipuam habere, vel ad hæredes
7 transmittere. Nam † stipulatio esset sine causa, & posset Pater exceptione repelli *l. 2. §. circa ff. de dol. mal. & met. except.* efficax verò esset actio filię quęsita.
8 Tandem † Pater cogitur etiam filiam emancipatam dotare, vt intelligitur *ex d. l.*
9 *fin. C. de dot. promiss.* & † tamen potest pasisci dotem sibi reddi *l. vnica §. accedit §. extraneum C. de rei vxor. act.*

Tertio loco inepta sanè ratio est, quæ à Glossa affertur, quia scilicet ius sit quæsitum filiæ, quod pater pacto ei non possit adimere; & quamuis similiter quæsitum sit mulieri dotante extraneo, tamen fingitur non quęsitum. Nam si ius esset quęsitum filiæ, non posset Pater ei stipulando adimere. Nec posset diuersum ius in extraneo constitui, nulla enim fictio talis est, quam comminisci-
10 tur glossa. Constat † vero pacto in continenti apposito nullum ius quęsitum mulieri *l. cum dos ff. de pact. dotal.*

Tandem vltima ratio est, quia simplex pactum non potest nouare, sed opus est stipulatione. Sed negari potest opus esse stipulatione ad nouandum, cum solum pactum possit sufficere Patri, sicuti & extraneo. Aut saltem quæri adhuc potest, cur opus sit nouatione in Patre, & pactum nudum non sufficiat; maximè cum nulla nouatio considerari
11 possit, cum † nulla sit præcedens obligatio, quæ in sequentem ex stipulatione transfundatur iuxtà naturam, & substantiam nouationis *l. 1. ff. de Nouat.* Quod si præcedens supponeretur obligatio, ex qua ius filię quæsitum esset, nec suf-
12 ficeret stipulatio ad nouationem, cum † non possimus inuito per nouationem ius suum auferre *l. si Stichum §. 9. fin. l. si quis absente ff. de nouat.*

13 Ego † existimo nullam reddi rationem posse, cur Pater dotem dans, non possit eam legem dicere rei suę, quam vult; & sicuti extraneus sibi & heredibus suis potest pasisci, ità non possit Pater, maximè cum id ei non fuerit denegatum, si per stipulationem sibi cauerit. Neque hunc sensum esse *d. l. Auia* neque hanc differentiam in eo textu inter Patrem, & extraneum constitui arbitror, vt extraneus possit sibi per pactum prospicere, non possit autem Pater, vt communiter existimant Doctores. Sed vt verba ipsa satis ostendunt, credo eum sensum legis esse, vt si Auia dans dotem pro nepte, vel pronepte (de pronepte enim ibi casus ponitur) pacta sibi fuerit dotem reddi, actionem præscriptis verbis sibi quęsitam ad hæredem suum transmittat. Non verò sic Pater, si in datione dotis simpliciter soluto matrimonio dotem sibi reddi pactus fuerit. Ratio verò ibidem redditur, non quia Pater non possit id pasisci, & paciscendo ad heredes suos actionem transmittere. Sed quia Pater non creditur, non præsumitur ex simplici conuentione velle innouare, immutare actionem dotis. Verba textus hęc sunt. Pactum *Patris dotis actionem profectitiæ nomine competentem conuentione simplici minimè creditur innouare.*

Hęc ergò differentia est inter Patrem, & Matrem. Mater si pasciscatur in datione dotis, dotem sibi reddi, sibi, & heredibus suis acquirit actionem. At si dotem sibi reddi pasciscatur pater eam ipsā actionem habet, quam citra pactum haberet, nec presumitur ex eo pacto velle

sibi

sibi ità prospicere, vt filiam excludat ab actionis communione, & ad hæredes suos actionem sibi soli quæsitam transmittat: quod tamen secus esset si Pater dotem dando sibi stipularetur. *l. quoties ff. solut. Matrim.* Rationem autem huius præsumptionis hanc esse existimo, quia, vt dicemus in sequenti capite, quomodocunque constituta dote pro filia soluto matrimonio, & à marito, vel hæredibus restituenda erat, non ex aliqua conuentione, sed æquitate negocij, & ità restituenda, vt filia viueret, & Pater, actio communis esset. Si Pater esset præmortuus actio soli filiæ competeret *l. vnica § & hoc C. de rei vxor. act.* Dum ergò Pater dans pro filia dotem in traditione pactus est, vt dos soluto matrimonio sibi restitueretur, censetur secundum naturam negocij pactus fuisse, idest, vt ita sibi dos restituatur prout iure cautum
34 est. In † dubio enim pacta intelliguntur secundum naturam contractus & negocij, quod agitur *l. quæro § inter locatorem ff. locat. l. damni 45. ff. de damn. infect. l. ex conducto § si vno ff locat.* Et potiùs creditur Pater expressisse quod tacite inerat ex natura negocij, quam vt sibi soli prospicere voluerit, & actionem filiæ
35 adimere argumento. † eius qui conditionem exprimit, quę tacitè, & ex natura negocij inest, is enim non creditur velle dispositionem efficere conditionalem *l. 3. ff. de leg. 1. l. conditiones extrinsecus ff. de cond., & dem.* quamuis † si eo animo esset, vt conditionem apponeret, dispositio conditionalis ęquè esset, expressa ea conditione, quæ tacitè inerat, prout quacunque alia à Testatore apposita *l. in conditionibus 19. §. 1. ff. de condi. & dem.* Quod si Pater non simplici pacto conuenerit dotem sibi restitui, sed fuerit stipulatus; sibi soli actionem quæsiuit, quam ad hæredes suos potuit transmitte-
37 re. Ratio est, quia † stipulatio non sequitur naturam contractus, vel negocij, super quo interponitur, sed propriam retinet naturam *l. pen. l. precibus C. de rerum permut. l. nouatione 18. l. emptor 27.*
18 *ff. de Nouat.* Et † interposita stipulatione non attenditur amplius negocium super quò interposita est, sed sola ipsa stipulatio, cum negocium ipsum nihil aliud efficiat, nisi quod causam stipulationi dat *l. si ita 6. §. fin. cum l. seq. ff. de Nouat.* Interposita ergò à Patre stipulatione non ex causa dotis dos petebatur, sed ex ipsa stipulatione, & non ex ęquitate negocij à lege actio dabatur, sed ex Patris prouisione, ex ipsa conuentione, & stipulatione, ergò non mirum si actio communis non esset filię, sed imò ad hęredes etiam Patris transiret: quia actio rei vxorię, quę ex æquitate dabatur illa erat, quæ communis erat patris, & filię, & Patre pręmortuo solius filiæ erat pręcipua, quę quidem actio locum habebat cessante conuentione. At illa dari non poterat stante expressa hominis prouisione, & stipulatione Patris, ex qua Pater, etsi voluisset, non nisi sibi, & hęredibus suis potuisset cauere. Itaque olim, si Pater fuisset stipulatus, eius actio erat præcipua, & illam ad hæredes transmittebat. Sola actio rei vxoriæ communis erat, & mortuo Patre ad filiam spectabat *d. l. vnica §. & hoc. C de rei vxor. act.* In extraneo eius præsumptionis ratio locum habere non poterat. Si enim ipse pactus fuisset sibi dotem reddi, satis ostendisset velle suam actionem esse, &
19 † ex pręsumpta cuiusque pasciscentis mente ad hęredes etiam transire *l. si pactum 9. ff. de probat.* cum incompatibile esset, vt actio quęreretur ipsi extraneo, & simul filiæ esset.

Ex his intelligimus potuisse Patrem & in traditione dotis actionem sibi, & hæredibus suis, si voluisset, acquirere: nempè si pactus fuisset sibi soli, & hęredibus suis dotem reddi. Nam in claris cessant coniecturæ. Et quod Patre paciscente simpliciter sibi dotem reddi, non immutetur actio dotis profectitiæ ex præsumptione fit, non quod Pater etiam ex pacto actionem illam non possit innouare. Ergò si expressè eam legem in traditione dixerit, vt dos sibi, & hæredibus suis restituatur, non dubito actionem ad hæredes transituram.

Expli-

Explicatur l. eas obligationes 8. ff. de Capit. Minut. Cap. XXXVI.

SVMMARIVM.

Referuntur variæ interpretationes, & reijciuntur. n. 1.

Filiusfam. viuente Patre numquam domina dotis est. n. 2. 2

Subijcitur Auctoris interpretatio. n. 3. & seq.

Dotis datio donatio est. n. 4.

Dos datur, vt perpetuò apud maritum sit. n. 5.

Nemo potest alteri obligationem acquirere, nec quidem Pater filio suo, nec etiam ex dotis causa. n. 6.

Actio de dote quamuis ciuilis esset æstimabatur tamen ex sola naturali æquitate. n. 7. sicuti & condictio indebiti. n. 8. & quinimo huius rei effectus. n. 9.

An actio iniuriarum, & pro socio naturalem habeant præstationem. n. 10.

1 Habetur † in hac lege eas obligationes, quę naturalem habent pręstationem capitis diminutione non perire: exemplum affertur in actione de dote. Dubitari potest, quænam obligationes istæ sint, quæ naturalem præstationem habent. Forte quæ de iure gentium inuentę sunt? At si ita est, nullę ferè obligationes capitis diminutione peribunt, cum ferè omnes ex iure gentium sint. Forte illę erunt, quæ iudicia bonæ fidei cōstituūt, in quibus ex bono, & ęquo iudicatur? At & istę constant ex naturali æquitate, & ciuili etiam nituntur auctoritate, & non solum naturales, sed & ciuiles sunt obligationes §. 1. *Instit. tit. de oblig.* quamuis autem non possint, qua parte naturales sunt, capitis diminutione extingui, perimuntur tamen, quatenus ciuiles sunt. *l. 2. §. hi qui ff. de Capit. minut.* An illæ erunt, quæ etiam filiosfam. competunt *l. filiusfam 9 l. in factum ff. de act. & oblig.* quæ fuit Accursij interpretatio? Sed hanc reijcit Anton. Faber *ad hāc l. in rational.* An ergò recipienda erit ipsius Antonij Fabri interpretatio, qui 4 ideo actionem de dote capitis diminutione non perimi ait, quia illa est propriū filiæ patrimonium, cuius filia capax est, 5 etiam dum in patris est potestate, prout & matrimonij *l. Pomponius Philadelphus ff. famil. ercisc.* Vndè æquum & bonū est filię restitui? Sed neque ex hac ratione intelligimus, cur potius actio de dote capitis diminutione non pereat, quam alię. Nam & in alijs omnibus obligationibus æquum, & bonum est rem debitam creditori præstari. Quod † verò filia dotis fit capax etiam dum in Patris potestate est, omninò est falsum, si ità intelligamus, vt dominiū dotis habeat, quod imò in maritum transit apud quem manet constante matrimonio *Instit. tit. quib. alien. licet vel non in princ. l. 4. & tot. tit. de fund. dot.* post restitutionē vero redit ad Patrem, vt intelligitur *ex l. Paterfam. in princ. ff. ad l. falcid. & argumento l. si socius 81. ff. pro socio.* Et quamuis verum id esset non tamen ex eo desumenda ratio esset, cur dotis actio capitis diminutione non periretur, cum in textu illa reddatur, *quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.* quæ quidem ratio ex dictis à Fabro nō apparet, cur potius in dotis actione locum sibi vindicet, quā in alijs actionibus, quæ & naturalem præstationem habere videntur, sicuti dos ipsa, & ex bono, & ęquo finiendæ sunt.

3 Itaque † ego existimo legem ita intelligendam, vt illę obligationes, quę naturalem habent pręstationem, idest ex quibus pręstatio, quę fit à natura est, & naturali ęquitate, non à ciuili ratione, & authoritate, capitis diminutione nō pereāt, ea ratione, quæ subijcitur, quia cum hę ex naturali ratione ex iure naturali, vel gētiū ęstimentur, non possunt tolli ciuili ratione, quia ciuilis ratio ciuilia, nō naturalia potest corrūpere. Cum itaquè capitis diminutio minima iuris ciuilis sit, ex ea similes obligationes tolli nō possunt. Exemplum verò affertur in actione de dote, quod quidem optimum est, & ex quo intelligimus verissimam esse nostram interpretationem. Dos enim mulieri non ex ciuili aliqua ratione restituenda est, sed ex sola naturali æquitate. Dos namque marito donatur, cum † dotis actio nihil aliud sit, quā donatio *l fin. C de donat. ante nupt l. si ego §. 1. l quem admodū ff. de iure dot.* & quidē † ità donatur, vt perpetuò

apud maritum fit *l. 1. ff. de Iur. dot.* qua ratione si dos fuisset aduentitia, mortua muliere, apud maritum manebat, vt testatur Vlpianus *in fragm. tit. de dote* & posset ex innumeris iuris locis probari, quinimò, & dos ipsa profectitia mortua muliere à marito retinebatur, si Pater prædecessisset, vt idem Vlpianus ibidem testatur, imò etiam ipso viuo retinere maritus ipso iure debuisset. Vndè opus fuit miserationis causa iure succurri Patri, vt ipse dotem posset repetere, si superstes fuisset *l. iure succursum ff. de Iure dot.* Quoties verò mulier ipsa superstes erat, repetitioni quidem locus erat, sed ex æquitate: maximè iam prædefuncto Patre, vel si extraneus dotem dedisset, & sibi reddi non fuisset stipulatus; his namque casibus mulier ipsa agebat *l. vnica § accedit & §. & hoc C. de rei Vxor. act.* non quidem ex pacto quod nullum supponitur in dictis iuribus, & ex quo etiam non potuisset actionem
6 acquirere, cum † nemo possit alteri vtiliter pacisci, & obligationem acquirere *l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig.* Nec quidem Pater filio, si modo ipse per filium non sit acquisiturus *l. quod dictum 130. ff. de verb. oblig. §. si vero Instit. tit. de inutil. stipul.* quod etiam procedit in causa dotis *l. cum dot ff de pact. dotal.* Nec etiam ex ipsa dotis datione, quam ipsa non dederat, & ex qua, quamuis ipsa dedisset, habere actionem non posset, cum dos, vt dictum est, fuerit donata: ex causa quidem matrimonij, sed quę secuta est. Ergò superest, vt ex æquitate eidem restituatur *l hac nostra l. si cum Cornelius ff. de solut. l. pen. §. fin. ff. sol. matrim.* eo colore, quasi dos eius patrimonium esset *d l. vnica § & hoc C de rei vxor. act.* & quidem eius esse intelligeretur etiam constante matrimonio, licet eo tempore in dominio mariti fuisset. *l. quamuis ff. de Iure dot.* quo quidem patrimonio carere eam ęquum non est, cum se, & suos debeat exhibere, cessante iam matrimonio, & eius onera, propter quę dos fuerat data *l. pro oneribus C. de Iur dot.* marito amplius non sustinente. Quod si vellemus quoquomodo mulieri competere condictionem, quasi causa finita *l. 1. ff. de condict. sine caus.* itaut actio rei vxoriæ quędam species condictionis fuerit; tamen cum & condictiones ex mero iure naturæ, & naturali æquitate æstimentur, vt paulò post dicam, idem obtineremus, quod intendimus. Idem verò dicendum etiam eo casu, quo Pater adhuc viuebat, & ipse ad dotis repetitionem agebat, non solum patet ex dictis rationibus, quę in Patre etiam sibi locum vindicant, sed quia Pater magis ex persona filiæ, quam ex sua actionem habeat, vt cōstat ex eo quod supra diximus mortua filia, ipsi iure speciali succursum esse: qua ratione aduersus regulas iuris in actione communio filię cum patre concessa est. *l. 2. §. 1 l. 3 ff. sol. matrim.*

Planè eò magis actio dotis durat, nec perimitur ex minima capitis diminutione, quod tunc nascatur, cum matrimonium dirimitur, quod quidem cum ex capitis illa minima diminutione non esset solutum, sed maneret, & dos apud maritum ex causa illa matrimonij esset; æquū est perinde eam restitui, ac si numquam mulier fuisset emancipata: Non potuit autem ex capitis diminutione ea actio perire, quę nondum competebat. Quid quid sit rei vxoriæ actio ex sola æquitate naturali æstimabatur, ergò illa ex ciuili ratione tolli non poterat.

Nec obijciatur omnes actiones iuris ciuilis esse, & ex iuris ciuilis auctoritate etiam actionem de dote datam esse. Nam
7 † quamuis de iure ciuili actio esset, cum tamen ius ciuile eam actionem nō ex ciuili, sed ex sola naturali ratione dareti iudicari debebat tamquam merè naturalis,
8 non tamquā ciuilis. Quod† probatur exēplo condictionis, quę ex bono, & ęquo inducta est, vt quod alterius apud alterū inuenitur repetatur *l hęc condictio 66. ff. de condict. indeb.* & quę ęstimatur ex naturali ratione, ideò ea condictio dicitur naturalis *l. nam hoc 14. l. indebiti 15. in princ. ff. de condict. indeb.* quæ leges licet de condictione indebiti sint, de omni tamen condictione idem dicendum, qua repetātur ea, quę apud possessorem nulla ex causa reperiuntur, cum eadem ratione, & ex eadem ęquitate hæc etiā cōdictio detur, nè locupletior fiat possessor

cum

cum alieni iactura, & vt reuocet ea, quę apud alium sine causa inuenitur. Qua ratione condictio iurisgentiū dicitur *l. rerum 25. ff. de act. rer. amot.* quia scilicet ex sola iurisgētium ęquitate æstimatur, & sic perinde ac si iurisgentium esset, iudicatur.

9 Hac † ratione si debitum à seruo alius pro eo, vel ipse manumissus soluat, condictio indebiti non datur *l. naturaliter ff. de condict. indeb.* videlicet quia hæc condictio ex naturali datur æquitate, non ex ciuili ratione, Itaque licet ius ciuile debitum à seruo aliquid esse non admittat, quē pro mortuo habet, cum tamen hanc condictionem, veluti ex iure naturali det, necesse est naturalem attendat obligationē. *l. si quod dominus 64. ff. de cond. indeb.* hac eadem ratione licet iure ciuili pro debitore non habeatur, qui à Iudice est absolutus, cum res iudicata pro veritate habeatur *l. res iudicata. ff. de reg. Iur.* tamen in danda indebiti condictione ius ipsum ciuile pro debitore habet eum, qui naturaliter adhuc debet, ideo illi hanc condictionem negat *l. Iudex 28. l. Iulianus ff. de condict. indeb.* Sic etiam cū iure ciuili receptum fuerit fideiussorem etiam naturali obligationi accedere *§. 1. Instit. tit. de fideiussor* necesse est, vt ius ipsum ciuile admittat etiam fideiussorem pro seruo obligatum. *l. naturaliter ff. de condict. indeb.* Hac ratione diximus aliquandò licet matrimonium sit de iure ciuili, quia inter solos Ciues contrahi potest *Instit. tit. de nupt. in princ.* & iure ciuili seruiles cognationes sunt incognitę. *Instit. tit. de seruil. cognat in princ.* tamen quia ius ciuile in matrimonijs contrahendis ius naturale, & naturalem pudorem inspicit *l. adoptiuus §. 1. ff. de ritu nupt.* ideo etiam seruiles cognationes matrimonium impedire *d. l. adoptiuus §. 1.* Ergò cum ius ciuile actionem de dote daret ex sola naturali ratione, non ex regulis ciuilibus, non mirum si ea actio ęstimanda esset tamquam quid de iure gentium esset, vel naturæ, ita ut minima capitis diminutione non posset perire. Æquitas enim naturalis, ex qua dotis repetitio mulieri dabatur, æque vigebat in emancipata, prout in illa, quæ sine capitis diminutione sui iuris erat effecta, cum natura tales emancipationes, & capitis diminutiones non agnoscat.

10 Animaduertendum † autem est emancipato etiam iniuriarum actionem dari *l. sed si vnius §. filiofam. ff. de iniur.* & societatem à filiofam. contractam per emancipationem non extingui *l. si id quod 58. §. pen. ff. pro Socio l. actione 65. §. societas ff. eod. tit.* adeo vt aduersus emancipatum etiam de his, quæ cesserunt ante emancipationem agatur *d. §. pen.*

Nescio tamen an hę actiones eius generis sint, de quo agitur in *l.* quam explicamus. Nam actio iniuriarum datur filiofam. etiam emancipato illa ratione, quia Prætor eum admittit etiam dum est in potestate, ergò multò magis si fuerit emancipatus: absurdum enim existimatur ex causâ filiofam. iniuriarum actionem concedi, manente verò eadem causa eidem emancipato denegari. *d. l. sed si vnius §. fin. ff. de Iniur.* Quantum pertinet ad societatem, licet ea actio ęquitatem maximam habeat, tamen & omnes habent obligationes, quę iurisgentium sunt, presertim illę, ex quibus iudicia sunt bonę fidei. Non tamen omnes ex eis sunt, quæ pręstationem habent naturalem. Illæ ex ęquitate nascuntur, & semel inductæ præstationem iuxtà ea, quæ placita sunt exposcunt, ita vt ex illis pręstatio inducatur, emanet, & in consequentiam earum obligationum veniat. In his vero, de quibus agitur in textu nostro, ęquitas omnis in ipsa præstatione est, & quia ęquum est præstari, ideò inducitur obligatio ita vt obligatio ex se non pręexistat, sed ob ęquitatem pręstationis faciendę nascatur. Imò etiam nata obligatio pereat, si ęquitas pręstationis deficiat, vt contingebat olim moriente post diuortium muliere, in cuius persona ęquitas restitutionis vigebat, antequam maritus esset in mora dotis restituendę: actio enim ad hęredes eius non transibat teste Vlpiano *in fragm. d. tit. de dotib. 6.* Et hinc petenda ratio est, cur moriente Patre ante dotem exactam actio ad ipsius hæredes non transeat, sed rursum consolidatur in persona filiæ, sicut in alio quouis casu, quo Pater agere non potest.

X Illę

Illę si pereant, perit etiam æquitas præstationis, quæ ex illis pendet. Hæ verò nisi æquitas præstationis deficiat perire non possunt, cum ab ipsa præstationis ęquitate pendeant. Illæ à Iure Ciuili approbantur, & non ex sola naturali æquitate, sed ex æquitate, & ratione ciuili ęstimantur, & ciuiles fiunt; ideoque ex eis ius ciuile actionem dat, non quia iurisgentium sunt, neque ex eo tantum, quod ęquitate nituntur, sed quia ciuili etiam ratione approbantur. Hę verò non alia ratione inducuntur, ex his non alia ratione actio datur, quam quia id ęquitas naturalis exposcit. Illæ tamquam ciuiles, & quę ciuilibus regulis, & legibus subiacent, ciuili ratione perire possunt, quibus peremptis nulla ex eis præstatio, nulla actio sequi potest. Hę perimi ciuili ratione non possunt, cum ab æquitate præstationis pendeant, quę quidem naturalis æquitas non distinguit emancipatos ab his, qui in familia sunt. Illę ex æquitate sunt inductæ ante emancipationem, & capitis diminutionem: potuerunt igitur per capitis diminutionem perire. At in his etiam post emancipationem æquitas restitutionis emanat, & semper viget, donec dos restituta à marito non est, vel eius hęredibus, quę ex antecedenti capitis diminutione tolli non potuit. Non sunt igitur hæ cum illis confundendæ.

Sed vt ad societatem redeamus. Ex eo quod per emancipationem, vel capitis diminutionem non tollatur; non infertur, ex his esse, de quibus in nostro textu agitur. Nam cum societas & cum patrefam. & cum filiofamilias contrahi possit, nulla ratio est cur durare cum filiofam. paterfam. facto non possit, & ideo ex capitis diminutione perimatur. Sed cum ex voluntate contrahentium pendeat, quæ in facto consistit, ea durante durare poterit. Sanè quod dicitur aduersus emancipatum filium agi de his, quę antè cesserunt, intelligendum erit suppositis terminis habilibus, nempè impetrata restitutione ex edicto de capite minutis, sicuti in alijs actionibus regulare est. Fateor tamen & hanc, & alias esse posse, quę capitis diminutione non perimantur, dummodo ius ciuile ità actionem conceperit, vt ex sola naturali æquitate voluerit ęstimari, regulis Iuris ciuilis non attentis. Quę verò tales olim fuerint, an actio pro socio, an iniuriarum fuerit ex his mihi non constat. Verisimilius tamen mihi videtur non fuisse: alioqui omnes actiones bonęfidei esse debuissent. Hoc pro certo habeo, ad hoc vt illę, vel alię huius generis essent, necessarium fuisse, vt iure ciuili constitueretur, in eis solam iurisgentium æquitatem spectandam, vt veluti ex iure gentium consisterent.

Cur Marito & Vxore simul ab hostibus captis & reuersis cum filijs, quos apud hostes susceperunt, durasse videatur matrimonium, itaut & iusti parentes, & iusti filij intelligantur. Ad. l. Diui 25. ff. de capt. & postl. reuers. Cap. XXXVII.

SVMMARIVM.

Captiuitate matrimoniū dissoluitur. n. 1.
Marito, & vxore simul captis, & reuersis, matrimonium apud hostes durasse intelligitur. n. 2. ratio redditur. n. 5. & seq.
Pater ille est, quem nuptię demonstrant. n. 3.
Incerto patre dicitur natus, qui ex seruo natus est, cum quo tamquam libero matrimonium fuerat contractum. n. 4
Matrimonium non nisi inter Ciues contrahi potest. n. 6.
Postliminium suspensi iuris est constitutio n. 7.
Matrimonium consistit in vitę indiuidua consuetudine. n. 8.
Matrimoniū cur non consistat cum captiuo. n. 9.
Vsucapio iuris est. n. 10.
Sine possessione non procedit. n. 11.
Captiuitate interrumpitur. n. 12.
Filius Patre capto ab hostibus matrimonium contrahere sine eius consensu potest. n. 13.
Licet donatio inter virum, & vxorem sit prohibita, tamen donatam possessionem à marito mulier acquirit. n. 14.
Etiam serui sub quadam specie matrimonij esse viden-

videntur. n. 15.
Qua ratione fiat vt captiuus vsucapiat. n. 16.
Captiuus, si ab hostibus redeat, antequam vxor nupserit, mulier debet in matrimonium consentire, alioquì pœnis dissidij tenetur. n. 17.
Testamentum apud hostes confectum non valet, & quænam sit ratio. n. 18.

1 CErtissimum † est captiuitate matri-
monium dissolui *l. 1. ff. de diuort. l.*
in bello §. medio ff. de capt. & postl.
reuers. l. si ab hostibus ff. sol. matrim. cum
2 *alijs similibus, quę possent afferri.* Et † tamen
non obstante captiuitate matrimonium
videtur durare *l. diui ff. de Capt. & postl.*
reuers. l. apud hostes 9. ff. eod. l. 1. C. eod. l.
1. §. queri ff. de suis & legit. l. 1. §. si apud
hostes ff. ad S. C. Tertyll. l. si quis filio §. si-
nè autem ff. de iniust. rupt. l. ab hostibus §.
non minus ff. ex quibus caus. maior. quibus
in locis marito, & vxore simul captis,
distinguitur, vtrum sola mater cum filijs
reuersa fuerit, an & ambo cum filijs. Pri-
mo casu filij, quasi sine Patre nati Ma-
trem sequuntur; cum enim fictio postli-
minij in patre, qui reuersus non est lo-
cum non habeat. Siue velimus in Patre
fictionem legis Corneliæ considerare,
censebitur ea hora mortuus, qua captus
fuit, & sic non poterit videri filius post
captiuitatem susceptus ex eo natus. Si-
cuti hac ratione non potest filius apud
hostes susceptus, & reuersus Patri suc-
cedere, qui ipse reuersus non est *l. 1. C.*
de Postlim. reuers. Siuè etiam velimus lo-
cum non esse legi Corneliæ: tamen cum
certum sit Patrem ab hostibus captum, si
fictio postliminij non efficiat, vt num-
quam captus censeatur, prout certè effi-
cere non potest, quia reuersus Pater non
est: locus dabitur ueritati, & sic appa-
rebit, eum captiuum fuisse, & ideo ma-
trimonium consistere non potuisse cum
illa, quæ ex fictione postliminij semper
in Ciuitate fuisse videtur. Ergò supererit
esse natum filium ex incerto patre. Pater
3 † namque semper incertus est, nisi nu-
ptię ipsum demonstrent *l. quia semper ff.*
4 *de in ius voc.* qua † ratione, si qua mulier
ignorans cum seruo, qui credebatur li-
ber matrimonium contraxerit, & ex eo
filium susceperit, dicitur filius incerto
Patre natus. *l. 3. C. sol. matrim.* Secun-
do casu, videlicet si & Pater, & mater
redierint, dicitur in allegatis iuribus iu-
stos & parentes & liberos esse. Ergo inte-
rim medio tempore dum parentes apud
hostes fuerunt, matrimonium inter ipsos
constitit. Alioqui iusti filij haberi nō pos-
sent; ergò falsū est quod dicebatur matri-
monium captiuitate dissolui, aut saltē erit
dicendū, qua ratione fiat vt hoc casu ma-
trimoniū inter captiuos consistat, quod
non est qui doceat, nec adeò est expeditū
docere, vt id omittere DD. debuissent.
5 Ego † existimo regulariter captiuita-
te matrimonium dissolui. Quamuis
enim aliqua ratione matrimonium iuris
6 esse videri possit, videlicet, quia † non
nisi inter Ciues Romanos contrahi po-
test. *Instit. tit. de Nupt. in princ.* vt tam-
quam quid iuris postliminij fictione sit
7 suspendendum, cum † postliminium su-
spensi iuris dicatur constitutio *l. pen. ff. de*
suis & legit., tamen cum matrimonij
8 substantia in facto consistat, nempè † in
coniunctione illa, quæ indiuiduam vi-
tæ consuetudinem continet. *§. 1. Instit.*
9 *tit. de Patr. potest.* quod † quidem factum
deficit, & haberi non potest captiuita-
te superueniente, quia inæqualitas for-
tunæ, æqualitatem ex nuptijs manere
non sinit, vt inquit Iustinianus *in §. sed*
etiam captiuitatis Auth. de nupt., nec esse
cum vxore potest, qui dominum sequi,
eique parere cogitur. Ideo postliminij
fictione matrimonium non suspenditur,
10 sed captiuitate dirimitur. Hac † eadem
ratione licet vsucapio iuris sit (est enim
dominij adiectio *l. 3. ff. de vsucap.* & ideo
ius dicatur *l. bona fides §. 1. ff. de acquir. rer.*
dom. tamen, quia † procedere sine pos-
sessione non potest *l. sine ff. de vsucap.*
quæ facti est *l. 1. §. furiosus ff. de acquir.*
12 *possess.* captiuitate † interrumpitur. *l. in*
bello §. facti ff. de capt. & postl. reuers. Quod
eò magis procedit in matrimonio, quia
licet posset lex efficere, vt videretur ad-
huc indiuidua vitæ consuetudo durare,
cum possit etiam si velit super factis fin-
gere, vt plurima cuique possunt occur-
rere exempla: Tamen nulla esset eius
fictionis vtilitas, cum ex ea impedire-
tur is, qui in Ciuitate mansit, matrimo-
nium

nium contrahere. Expedit verò è contra, & vtile maximè existimatur, vt matrimonia contrahantur ad hoc vt legitima soboles suscipi possit, ex qua Ciui-
13 tas repleatur: qua † ratione licet filius nubere sine consensu Patris non possit § 1. *Instit. tit. de Nupt.*, tamen si pater apud hostes sit, eius consensu non expectato rectè vxorem ducit, quia id vtilitas nuptiarum exigit, vt dicitur *in l. in bello §. medio ff. de capt. & postl. reuers.* & fictiones lex non nisi ex vtilitate inducit.
14 Vndè † licet lex prohibeat omnem donationem inter virum & vxorem *l. 1. & tot. tit. ff. de donat. inter vir. & vxor.* etiam possessionis *l. inter virum 46. ff. eod. tit.* tamen si maritus vxori possessionem cedat donationis causa, mulier ipsa intelligitur possidere. *Quid enim* (inquit I. C.) *attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus vbi noluit possidere protinus amiserit possessionem l. 1. §. si vir vxori ff. de acquir. possess.*

Cęterum si ambo simul maritus, & mulier capiantur, & apud hostes simul sint, & tamquam vir & vxor maritali affectione omnia inuicem agant, & aduersæ fortunę sint socij: quantum pertinet ad factum videri possunt in matrimonio esse, licet † potius in contubernio sint *l. adoptiuus §. seruiles ff. de ritu nupt. l. 3. C. de Incest. nup. l. serui C. ad l. Iul. de Adult.* certè sub specie quadam matrimonij sunt. Vndè interdum seruorum vxores dicuntur *l. vlt. C. de ser. fugit. l. quæsitum §. vxores §. contubernales ff. de fund. instruct. & instr. leg.* Itaquè si factum inspiciamus, marito, & vxore apud hostes simul degentibus, & maritalem affectionem retinentibus, matrimonium adest. Si ius, & cōditionem istorum, manere etiam matrimonium dicendum est, quia cum redeunt, numquam capti censentur, sed retrò semper in Ciuitate fuisse *l. retrò ff. de Capt. & postl. reuers.* ergò nulla ratio est, cur matrimonium dissoluatur.

16 Nam † & simili ratione, quamuis vsucapio, quia sine possessione non procedit, captiuitate interrumpatur, vt diximus, quia retinere possessionem captiuus videri non potest, qui ab hostibus tenetur, & possidetur *l. cum heredes §. 1. ff. de Acquir. possess.* tamen quia in rebus peculiaribus receptum est, vt quantum attinet ad possessionem nullum domini factum requiratur, sed sufficiat serui detentio. *l. 1. §. item acquirimus l. peregre ff. de acquir. possess.* ex causa peculiari etiam captiuus vsucapit *d. l. in bello §. facti ff. de capt. & postl. reuers. l. iusto §. fin. ff. de vsucap. l. ait Prætor § hæc planè ff. ex quib. caus maior.* Ratio est, quia in rebus peculiaribus factum, quod ad vsucapionem requiritur etiam captiuo apud hostes existente, adest; Ius verò per fictionem postliminij restituitur. Accedit nullam quidem vtilitatem esse regulariter, vt matrimonium consistere cum captiuo lex fingat, aut saltem per fictionem postliminij suspendat, quia ea fictione matrimonia impedirentur: Cæterum si ambo coniuges ab hostibus sint capti, vt simul esse apud hostes eis permittatur: Maxima est vtilitas, vt matrimonium illud valeat, & conseruetur, ergò cum possit etiam optima ratione quam suprà indicauimus sustineri lex illud conseruat: Studet enim maximè, vt matrimonia contrahantur, & conser-
17 uentur. Vndè † licet lege fuerit receptum matrimonia captiuitate dissolui, nè matrimonia impediantur, vt diximus; tamen si captiuus redierit, antequam vxor nupserit, lex vult redire matrimonium; & ideo si vxor nolit consentire, pœnis diffidij tenetur. *l. non vt à patre ff. de capt. & postl. reuers.* Matrimonium quidem ipso iure non redit, quod fuerit dissolutum, sed nouo est opus consensu *d. l. non vt à patre l. cum duę § fin. ff. de Capt. & postl. reuers.* Vult tamen lex quantum potest, vt redeat, dum pœnis diffidij non consentientem punit.
18 Dices † cur ergò testamentum à Captiuo apud hostes factum non valet, quamuis ipse captiuus reuertatur *l. eius qui in princ. ff. de test. §. fin. Instit. tit. quib. non est permiss. fac. test.* Videretur enim iuxtà suprascripta dicendum illud valere, nam si factum, & voluntatem consideremus, illam habemus; si Ius; nec etiam istud deficit, quia reuersus semper in Ciuitate fuisse videtur. Responded, alio-

aliorum omissis responsionibus, testamentum esse actum solemnem, qui non quoquo modo, sed etiam à Cive si fiat, debet fieri multis adhibitis solemnitatibus. At istę solemnitates apud hostes haberi non possunt. Et quamuis cæterę haberentur, vt testamentum à Ciuibus Romanis subscriptum, & signatum esset, vel coram eis nuncupatum, vt in Ciuitate Romana fieri solebat; vna tamen deficeret: quod scilicet tempore confecti testamenti Testator se hostium seruum sciret, & sic certam legem rebus suis dicere non posset. Si enim dubius de statu suo non potest in Ciuitate testari *l. qui in domini l. de statu ff. de testam. l. 1. in princ. ff. de leg. 3.* videlicet quia incertus de suo statu certam legem testamento dicere non potest. *d. l. qui in domini*. Quanto minus testari poterit captiuus, cuius status certus est, secundum quem nullam legem rebus, quas nullas habet in seruitute existens, dicere potest. 2

Plane nec valerent codicilli a captiuo facti, qui testamenti factionem non habuit. Cęterum quia vires à testamento ceperunt, & is qui eos fecit rediit; humanitatis causa placuit valere. *l. in bello §. codicilli ff. de capt. & postl. reuers.* Licet Antonius Faber *in Iurisprud. Papinian. ad tit quib. mod. ius patr. pot. st solu princ. § illat.* 10 quod in d. § respondetur Triboniano adscribat, non Triphonino.

Explicatur l. si ex duobus 12 in princ. ff. de duob. Reis. Cap. XXXIIX.

SVMMARIVM.

Proponitur legis decisio. n. 1.
Dubitatur aduersus decisionem. n. 2.
Traditur legis intellectus. n. 3.

1 SI † duos quis interrogauerit, duos promittendi reos habiturus, & eorum alter hodiè, alter postera die responderit; sine hæsitatione *in d. l. si ex duobus in princ.* deciditur duos reos non esse. Additur tamen, nec quidem obligatum intelligi eum, qui postera die responderat, cum actor ad alia negocia discesserit, vel promissor, licet peractis illis rebus responderit. Ex quo textu videtur differentia desumi inter constitutionem duorum reorum, & obligationem, quæ ex stipulatione nascitur. Vt si vnus ex duobus reis futuris respondeat hodiè, alter postera die, iam non intelligantur duo rei esse; obligetur tamen ex stipulatione ille, qui postera die responderit, dummodo ad alia negocia neque ipse, neque stipulator diuerterit. Hoc enim euidenter ex d. contextu colligitur, dum nec quidem obligatum intelligi illum, qui postera die responderat, vult I. C. si diuersum fuerit ad alia negocia. Ergò nisi ad alia negocia contrahentes, vel ipsorum alter diuertisset, ille qui postera die responderat, non fuisset quidem debendi correus; fuisset tamen obligatus.

2 Videtur † tamen nullo iure hęc decisio consistere. Nam constat stipulationem vitiari, si longum temporis interuallum inter responsionem, & interrogationem intercedat *l. continuus* 137. *ff. de verb. oblig.* vbi continuum exigitur actum esse stipulantis, & promittentis, vt tamen aliquod momentum naturę interuenire possit, cominùs enim respondere stipulanti oportet. Vndè intelligitur postera die respondentem non posse obligari. Confirmatur, quia certum est duos reos non constitui, si alter postera die responderit, vt dicitur in nostro contextu, quia modicum debet esse temporis interuallum *l. duos §. fin ff. de duobus reis* Sane non alia ratio esse potest, nisi quia ille, qui postera die respondet, non obligatur. Alioqui si obligaretur correus etiam debendi esset. Cum imò non alia ratione fiat, vt correus non sit, quam quia non obligatur. Interuallum enim licet longum non vitiat duorum reorum constitutionem, quoties id agitur, vt duo rei sint. *l. in duobus 3 in princ. ff. de duob. reis*. Itaque cum ponamus in casu nostri contextus id agi, vt duo rei constituantur; si responsio postera die reddita obligationem non vitiaret vtiquè correus ille esset, qui postera die respondisset.

La-

Laborant valdè Doctores nostri in explicatione huius contextus, vt videre est ex latè deductis à Ronchegallo *ad l. duos §. 1. & ad l. si ex duobus in princ. ff. de*
3 *duobus reis*. Ego † existimo ità textum intelligendum, vt sine dubio duo rei non sint, si simul interrogati, vt fieri solebat in duobus reis constituendis *Instit. tit. de duob. reis. in princ.* alter hodie, alter postera die responderit. Ea autem verba, quæ in textu sequuntur. *Ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderit* exprimere factum ad demonstrationem solam personę, non vt idem thema retineatur in sequenti decisione, Perindè ac si dictum esset. *Ac ne obligatum quidem intelligi promissorem* illum scilicet qui responderat postera die, si alter, vel ipse etiā promissor ad alia negocia discesserit, licet peractis illis respōderit, & respōderit eadem die, & modico etiam temporis spacio interposito. Sensus ergò legis ille est, eum, qui respondet postera die non esse correum debendi; quinimo illum eumdem, quamuis eadem die, & breui interiecto temporis spacio respondisset, non esse obligatum (intellige ex eadem causa, & tamquam correum) si contrahentes diuerterint ad alia negocia. Ergò dupliciter fieri potest iuxta casum nostrę legis, vt alter correus non fiat, vel vt non obligetur (idem namque est obligari, & correum fieri, & non obligari & correum non fieri in casu nostrę legis, cum supponatur animus duos reos constituendi, quo animo posito futurum vtiquè est, vel eum qui respondet non esse obligatum, vel si obligatus sit correum esse debendi) Primo casu correus non fit, si postera die responderit. Secundo si responderit etiam statim, sed alieno intermixto actu, vel negocio. Doctores qui idem retinent thema, & ità textum intelligunt, vt si quis responderit postera die, ità demum non fit obligatus, si diuerterit vel actor, vel promissor ad alia negocia, non possunt se ab hoc textu expedire. Sed plana decisio est, si vt diximus in illis verbis. *Ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderit* intelligamus transire I. C. ad secundum casum, quo duo rei non constituuntur, & (quod idem est) quo alter non obligatur, nempè si aliud negocium vel stipulator, vel promissor, agere ceperit, quo peracto statim promissor modico etiam tempore interposito, responderit. Vt verba prædicta demonstrent eamdem personam, non verò exprimant illud factum cum sequenti facto, alterius scilicet accepti negocij, coniungendum.

Ad l. 2. ff. si à furioso ff. pro Emptor. Cap. XXXIX.

SVMMARIVM.

Dubitatur aduersus decisionem I. C. n. 1. & seq.
Vsucapio ob iustum errorem procedit etiam sine titulo. n. 2.
Possessio non amittitur, quę animo non dimittitur. n. 3.
Furiosus non potest desinere possidere. n. 4.
Sicuti nec pupillus. n. 5.
Difficultas resoluitur. n. 6. & seq.
Possessionem alterius qui ingreditur non statim possidet, nisi ille animum possidendi dimittat. n. 7. quod ius ciuile induxit vtilitatis causa. n. 8.

1 Durum † semper mihi visū fuit quod respondetur *in l. 2. §. si à furioso ff. pro emptor.* eum, qui à furioso emit, quem sanæ mentis existimauit, cum esset in statu inumbratæ quietis, vsucapere, quod id vtilitatis causa fuerit receptum, quamuis nulla esset emptio: non quia etiam sine titulo possit is qui emit
2 vsucapere. Nam † & passim video receptum tamdem fuisse, iusto intercedente errore posse quemlibet sine titulo vsu acquirere *l. quod vulgò ff. pro emptor. l. pro legato 4. l. fin. ff. pro legato*. Vnde iusta potuerunt ratione moueri Iuris conditores, vt titulo etiam deficiente posset emptor ex bona fide; & ob iustum errorem vsucapere. Sed quia, non solus tituli defectus, ad quem solum illi respexerunt, potuit vsucapionem in prædicto emptore impedire; verum etiam defectus possessionis, sine qua nulla potuit

tuit procedere vsucapio *l. fine ff. de vsucap.* Quamuis enim ponamus furiosum
rem, quam vendit tradere, non tamē dici
3 potest desinere possidere, quia † ad hoc vt
amittatur possessio, necesse est, vt quis animum
possidendi dimittat *l. quemadmodū*
4 *ff. de acquir. possess.* furiosus † autem non
potest animo deserere possessionem *l. is
qui animo 27. ff. de acquir. possess.* Et licet
dicatur id vtilitatis causa receptum, tamē
malum genus æquitatis videri potest, quo
vel furiosus sua possessione priuetur, vel
etiam rei suæ dominio per vsucapionem,
quamuis aduersarius non possideat, & sic
secundū regulas iuris vsucapere non possit.
Quæ eadem difficultas viget in eo, qui
à Pupillo emit, quem puberem existimauit,
nam & hunc posse vsucapere respondetur
in d. l. 2. §. si à pupillo ff. pro emptor.
5 Cum † tamen certum sit pupillum, quamuis
maximè velit possessionē animo deserere
non posse *l. pupillus 11. ff. de acquir.
rer. dom. l. possessionē 29. ff. de acquir. poss.*
6 Verum † pro resolutione difficultatis
Animaduerti, eum qui à furioso rē accepit,
& corpore adipisci possessionem, &
animo velle possidere, sicuti quilibet possidet,
qui absēte domino possessionem rei
7 ingreditur. Sanè † iure ciuili receptū est,
vt non videatur possidere is, qui adeptus
est possessionem, donec qui antea possidebat
animū habet possessionem retinēdi,
& vel expulsus non est, vel non audet
ad rē accedere, quo casu dimittere possessionem
videtur *l. 3. §. in amittenda l.
clam. 6. §. 1. & l. seq. l. quod meo §. fin. l.
quāuis saltus ff. de acquir. possess.* Idque ità
constitutum est eo colore, quasi dominus
statim atque sciuerit, inuasorem sit expulsurus
l. quod meo § fin. ff. de acquir. poss. Cæterum
iuris ciuilis figmentū istud est, cū si
veritatem inspiciamus, is possideat, qui &
corpore, & animo est in possessione, non
veròqui corporalē possessionē amisit, quā
8 alius adeptus est. Ius † autem ciuile id voluit
vtilitatis causa, vt respōdetur apertè
in l. si id quod § fin. in fin. ff. de acquir. poss.
nempè, vt non ità facilè interrumpatur
possessio, & ne momentanea interdū inuasoris
occupatio, qui statim postea deiectus
est, noceat possessori. Ex iure ciuili
igitur est, vt possidere is intelligatur, qui
animo possessionē non dimisit, licet alius
& corpore, & animo in possessione sit. Idque
ius ciuile constituit vtilitatis causa.
Iam itaquè intelligo, cur ille vsucapiat, &
cōsequēter possideat, qui à furioso emit.
Cū enim iste, si veritatē inspiciamus, possideat,
& vtilitatis causa possit vsucapere,
consequens est furiosum nō possidere.
Furiosus enim alio in possessione existente
nōnisi vtilitatis causa intelligi potest
possidere. At vtilitatis causa in casu
proposito fauet emptori, eidēque possessori;
æquum enim est, vt ille possit vsucapere,
nè iustus error ei noceat, & ne dominium
in incerto sit. Ergò cessante iam
vtilitatis causa in furioso, necesse est cesset
possessio, quæ iuris fictione inducebatur;
Et verè emptore possidente, & vtilitatis
causa ad vsucapionem concurrente,
dicendum erit, vsucapere istū posse. Sola
vtilitatis causa hunc poterat impedire
ne possideret, quod intelligeretur possidere
furiosus, qui animum possidendi nō
dimiserat; Sed cum, quæ vtilitas suadet
hunc vsucapere, non possit simul suadere
æquū esse furiosum fingi possidere: cessante
in furioso vtilitate, & sic ficta possessione,
sola rei veritas, veraque emptoris
possessio erit attendenda, ex qua vsucapio
procedet. Neque id nouum videri
debet: Nam & in simili iuris præsumptio
cessat ex personæ reuerentia, vtilitate, vel
æquitate, vt intelligitur *ex l. qui duos §. cū
bello §. si Lucius. l. cū pubere ff. de rebus dubijs
iuncta l. qui duos §. si cum filio ff. eod. l.
ex facto §. si quis autem ff. ad Trebell. l. vel
negare ff. quemad. test. aperiantur.*

De ratione l. quidquid 4. ff. de acquir. poss. Cap. XL.

SVMMARIVM.

Decisio l. proponitur, & aduersus eam dubitatur. n. 1. & seq.

Liber homo sibi possessionem acquirere non potest, si ab alio possideatur. n. 2.

Per seruum, qui ab alio possidetur non potest quis acquirere possessionem. n. 3.

Refertur ratio ab Accursio allata. n. 4.

Dubitatur aduersus illam. n. 5.

Declaratur. n. 6. & seq. Possessio facti est n. 7.

Possessionem acquirimus, cum potestatem rei ad libitum apprehendendę habemus. n. 8.
Per seruum, quem non possidemus, possidere non possumus. n. 9.
Homo liber non potest possideri. n. 10.
Qui de facto possidet interdum pro non possessore habetur. n. 11.

1 CLarissima † est decisio *l. quid quid ff. de acquir. possess.* Id enim in hac lege respondetur filiū ex causa peculiari acquirere Patri possessionem, quamuis Pater ignoret filium in potestate sua esse, Imò id etiam probandum, si filius ab alio tamquam seruus possideatur. Ratio
2 verò videri potest difficillima, cum † enim liber homo, si ab alio tamquam seruus possideatur etiam scienter, non possit sibi possessionem acquirere *l. 1. §. sed & per eum ff. de Acquir. possess.* multò minus videtur posse eam acquirere alteri ignoráti. Et quod filius ab alio tamquam seruus detentus, etiamsi sui iuris esset, sibi acquirere non posset, id multò minus Patri ipsi
3 acquireret. Augetur difficultas, quia † si non potest quis possessionem acquirere per seruum, qui ab alio possidetur, etiamsi ei mandet, vt possessionem apprehendat, & sic licet proprio animo velit quis possessionem adipisci *l. si me in vacuam §. fin. ff. de acquir. possess.* quanto minus poterit Pater ignorans per eum, qui in corporali alterius potestate est, & ab alio detinetur possessionem acquirere? Quod si Pater rectè per filium qui ab alio possidetur, acquirit possessionem; Cur etiam Dominus per seruum, qui ab alio possidetur, non acquiret? Si enim Pater in filium ius habet potestatis, non minus iuris dominus habet in seruum, qui dominium habet, quod vtiquè quid plus est patria potestate.

4 Accursius † respondet differentiæ rationem afferendo, quam maximè commendat Iacob. Cuiacius *Ad d. l. quid quid* & probant communiter Doctores omnes. Inquit seruum domino acquirere possessionem ratione possessionis, quam habet dominus in eodem seruo. At Pater non acquirit ratione possessionis; nequè enim filium possidet; sed ratione potestatis: quę patria potestas manet, licet filius ab alio tamquam seruus possideatur.

5 Speciosa † prima facie videtur responsio, sed si nihil aliud addatur, nullo modo difficultatem tollit. Cur enim ad hoc vt seruus domino possessionē acquirat, necesse est vt à domino possideatur. Sufficit verò Patri ad acquirendam possessionē patria potestas? Quęnam est ratio, cur ratione dominicę suæ potestatis dominus per seruum possessionem acquirere non possit, vt potest per filium dominus? Et si potestas sola dominica non sufficit, cur sufficit patria, etiam eo casu, quo filius tamquam seruus ab alio possidetur, itaut, si sui iuris esset, possessionem sibi acquirere non posset?

6 Fateor † me, quod omnes intelligunt, non percipere: sed quia suspicor multos ignorare, quę magis scire sibi persuadent differētię rationem ab Accursio allatam declarare non grauabor. Vtinam eam nobis explanasset Vir Doctissimus Iacobus Cuiacius. Facillimum tanto viro fuisset id explicare, quod mihi precipuè vix attingere erit possibile.

7 Itaque † illud tenendum est possessionem facti esse *l. 1 §. adipiscimur §. si vir vxori ff. de Acquir. possess.* & ità † demum 8
eam acquiri si res in potestatem nostram perueniat, itàut quandòque volentes possimus naturalem, & corporalem rei possessionem nancisci *l. 3. §. neratius. l. hoc l. quod meo §. fin. ff de acquir. poss.* Illud autem nō interest eam potestatem per nos habeamus; an per alios; Si enim alius rē nobis teneat, nos ipsi tenere videmur, quia ipsi quandòque nobis volentibus
9 possessione sunt cessuri. Planè † per seruum, quem non possidemus, talis potestas nobis acquiri nō potest, quamuis velimus nostro animo possessionem acquirere, & corpore serui *l. 1. § per seruū corporaliter §. sed & per eum ff. de acquir. possess. l. homo liber §. fin. ff. de Acquir. rerum do. d. l. si me in vacuam §. fin. ff. de acquir. possess.* Ratio est quia seruus, qui ab alio possidetur potestatem non habet nobis possessionē seruandæ, cum ipse à potestate domini & possessoris in omnibus pendeat, nec comparandus in hoc homini libero, qui pro sua libertate, & arbitrio potest ei cui vult suum ministerium præstare. Potest tamen seruus domino, vel cuilibet

libet alij Possessori possessionē acquirere. Ratio est, quia cum ei apprehēdit, vel conseruat possessionē, in cuius ipse potestate est, pro instrumento domini est, & cum illi operetur, sub cuius est imperio à nullo potest iure impediri. Cęterū si seruus meus in potestate alterius sit, qui siuè bona, siuè mala fide eum possideat, non potest mihi, & meo nomine tenendo possessionem acquirere, nec possum ego eius corpore possidere videri, qui nec potestatem habet rei mihi conseruandæ, vt potè qui ab alio possidetur, & in cuius potestate omnia sūt, quę à seruo tenētur, prout in eius potestate est seruus ipse.

10 At † filius, vt pote homo liber à nullo possidetur *l. qui vniuersas § 1. ff. de acquir. poss.* ergò sua voluntate potest sine dubio Patri acquirere possessionem, licet ab eo non possideatur.

Hęc cum ità sint, & cum seruus ità demum posset domino acquirere possessionem, si ab illo possideretur, filius verò posset acquirere Patri, quamuis nec ab ipso possideri posset. Statuit lex, vt filius in potestate Patris existens ex causa peculiari possessionem Patri etiam ignoranti acquireret; similiter & seruus ex eadem causa domino ignoranti acquireret. Nihil aliud lex induxit, nihil mutauit, nisi quia voluit animum Patris vel domini ad possessionem in peculiaribus non requiri, sed voluit intelligi illos etiā ignorantes possidere, quæ siue à filio, siuè à seruo ex causa peculij tenerentur. Itaque sicuti seruus antea domino non acquirebat etiam volenti, nisi ab eodem possideretur, ità id mansit immutatum. Et sicuti lex in filio non considerauit possessionem, vt scilicet à Patre filius possideretur, quæ antea non requirebatur nec dari poterat, sed id solum vt filius rē detineret, qui in Patris potestate esset; Ità nec possessio aliqua attenditur, nec ea impedire potest legis dispositionem, & effectum. Acquisitio enim legis potestate contingit statim atque filius ex causa peculij rem aliquam tenet.

Neque obstat quod suprà dicebamus hominem liberum, si ab alio etiam mala fide possideatur, non posse sibi possessionē acquirere. Ergò multò minus poterit Pater acquirere per filium, qui quasi seruus possidetur. Nam respondeo possessionem facti esse, & de facto non posse possidere, & potestatem rei habere, qui in aliena potestate est. Itaque homo liber si possideatur, non potest ipse possidere, quia in isto potestas facti est attendēda, quam ipse non habet, neque enim in isto lex aliquid statuit, vt possidere intelligeretur. At si filius possideatur, licet ipse possidere non possit, tamen Patri acquirit possessionem, in cuius est potestate; quia hæc acquisitio statim atque filius ex causa peculiari rem tenet, procedit potestate iuris. Quamuis enim possessio sit facti, tamen nihil vetat legem aliquem pro possessore habere, & pro facto habe-
11 re quod factum non est. Sicuti † pro non possessore habet, qui possidet, & pro nō facto, quod factum est *l. qui vniuersas. §. 1. l. cum heredes § fin. ff. de acquir. poss.*

Similiter nō possumus acquirere possessionem per eum seruum, qui ab alio possidetur, quia vt diximus, potestatem nobis possessionem seruandi non habet, qui possidetur ab alio. Itaquè de facto non potest videri per eum in potestatem nostram res peruenisse. At cum agimus de filio nihil refert eum ab alio possideri. Nā possessio ex eo, quod in potestate nostra illa est, iuris adminiculo nobis acquiritur, itàut nos pro possessoribus lege habeamur; licet si facti potestatem attenderemus, videremur non possidere.

Cur sola oblatione cursus vsurarum sistatur in l. qui Romę 122. §. Seia ff. de verb. oblig. Cap. XLI.

SVMMARIVM.

Proponitur casus de quo in cōtextu. n. 1. & seq.

Transactione tunc vetus actio extinguitur, quando debitū ex prima causa deductū est in stipulationem, indè secuta est acceptilatio n. 2.

Licet transactio nudo pacto facta sit, tamē agēs primęua actione per exceptionē repellitur. n. 3.

Appellare tertio non licet. n. 4.

Vsurarum cursus non sistitur nuda oblatione, sed obsignatione. n. 5. quod verum est etiam in iudicijs bonę fidei. n. 6.

Reijcitur interpretatio Cuiacij. n. 7.
Reijcitur. n. 8.
Sors vbi non debetur, quamuis per exceptionem, vsuræ deberi non possunt. n. 9.
Vsura debentur ex mora in iudicijs bonæfidei n. 10. alioqui stipulatio est necessaria. n. 11.
Refertur Donelli responsio. n. 12.
In mora non est, qui etsi maximè velit soluere non potest. n. 13.
Reprobatur Donellus. n. 14.
Tutor potest sistere cursum vsurarum pupillarium, vel obsignando quod debet, vel iteratò denunciando Pupillo paratum se tutelam restituere. n. 15.
Vera affertur difficultatis resolutio. n. 16.
Sola oblatio impedit, ne vsuræ, quæ nondum deberi cœperunt incipiant deberi. n. 17.

1 SEia † hæres Tutoris, qui suæ Pupillę
tutelæ actione obstrictus erat cum
hærede Pupillæ transegit nudo pa-
cto: & pro eo quod hæres pupillę pete-
bat quamdam summam promisit, cuius
summæ promissæ maiorem partem sol-
uit, residuam cauit, ideſt per stipulatio-
nem promisit. Sed post hęc facta hæres
pupillę noluit transactioni stare, sed egit
tutelæ actione. Quod quidem ipso iure
facere potuit, quia transactio facta est
nudo pacto, debitumque ex tutelæ actio-
ne non est deductum in stipulationem
Aquilianam, inde acceptilatio facta, vt
2 † fieri oportet, si veterem actionem, de
qua transigitur, volunt transigentes ipso
iure tolli *l. 3. & 4. C. de transact.* Cęte-
3 rum † licet ipso iure veteri actione non
extincta agere potuerit, succubuit tamen,
quia pacti, & transactionis exceptione
fuit reiectus *l. siue apud acta C. de tran-
sact.* Verum à Sententia hęres iste pu-
pillę prouocauit ad competentem Iudi-
cem, & rursus succubuit. Tandem pro-
uocauit ad Principem, & hęc quoque
prouocatio iniusta pronunciata est. Quę-
4 situm fuit cum † iam amplius appellare
nō posset *C. ne liceat in vna eademq; caus.
tert. prouoc.* an ab hærede Tutoris vsu-
ræ debeantur, cum per heredem Pupil-
lę mora facta sit, quò minus pecunia per
stipulationem promissa solueretur, nec
vmquam ipse pecuniam petierit, sed vo-
luerit tutelę agere. Respondet I. C. Scę-
uola, si Seia non cessasset ei offerre pecu-
niam ex stipulatione debitam, iure vsu-
ras non deberi. Ex quo responso intel-
ligitur solum oblationem sufficere, ad
hoc vt vsurę ex stipulatione promissæ
non debeantur, in quo maxima videtur
5 difficultas. Nam † certum est sola obla-
tione cursum vsurarum non interpella-
ri, sed ad hunc effectum necessariam esse
obsignationē *l. si creditrici l. acceptam C.
6 de vsur.* Quod † quidem non solum obti-
net in vsuris ex stipulatione debitis, ve-
rum etiam si debeantur ex bonę fidei iu-
dicijs. *l. 1. in fin l. euictis in fin. ff. de Vsur.
l. tutor pro pupillo 28. §. 1. ff. de admin. Tutor.*
7 Iacobus † Cuacius ad hanc *l.* respon-
det in hoc textu agi de vsuris debitis ex
mora tutelæ causa. Quod autem dicitur
obsignationem necessariam ad sistendum
cursum vsurarum locum habet in vsuris
debitis ex stipulatione. Has oblatio non
sistit. Sistit verò quoties ex mora deben-
tur, quia scilicet cessat mora, vbi obla-
tio adest, & sic omnis causa cessat, ex
8 qua vsuræ debeantur. Sed indigna Cu-
iacio mihi hęc responsio videtur. Nam
in textu nostro, de vsuris quęritur eius
pecunię, quæ per stipulationem promis-
sa est; non autem de his, quæ ex tutelæ
causa debeantur. Neque enim ex causa
tutelę vsurę propter moram deberi po-
tuerunt, cum nihil in effectu ex causa
tutelę deberetur, prout non deberi pro-
9 nunciatum est. Itaquè † cum ex causa
tutelę nulla sors deberetur, ex eadem
causa vsurę deberi non potuerunt *l. si pu-
pillus 127. ff. de verb. oblig.* quamuis sors
propter exceptionem non deberetur *l. le-
cta ad fin ff. si cert. pet.* Quod si debitæ il-
læ ex mora fuissent, vtiquè ex oblatio-
ne pecuniæ ex stipulatione promissę, non
fuissent indebitę constitutæ, cum aliud
oblatum esset, quam illud quod petere-
tur, & in quo mora fiebat. Ergò quęri-
tur in textu nostro de vsuris eius summę,
quæ per stipulationem promissa est. At
cum summa illa debita per stipulationem
debita sit ex contractu stricti iuris, cer-
tum est non posse eius summę ratione
10 vsuras ob moram deberi, cum † id solum
obtineat in bonę fidei iudicijs *l. mora 32.
11 §. in bonæ fidei ff. de vsuris.* Ex † stipula-
tione autem pecunia debita vsuræ debe-

ri non possunt, nisi & ipse in stipulationem fuerint deducte *l. 3. C. de vsur. l. Titius ff. de praescript. verb.* Itaque quamuis in textu nulla mentio fiat stipulationis, per quam promissae sint vsure, tamen cum semper termini habiles sint supponendi, ea omnino est subintelligenda.

12 Donellus † ad hanc eandem *l.* respondet, quod dicitur solam oblationem non sufficere ad sistendum cursum vsurarum, ità demùm verum esse, si non per creditorem factum sit, quo minus pecu-
13 nia possit obsignari: nihil † enim imputari potest ei, qui soluere, etiam si voluisset, non potuit *l. cum quidam § si pupillo ff. de vsuris.* Addit *l. fin. C. de vsur. pupill.* In proposito verò per creditorem fieri dicit, quò minus pecunia obsignari possit; Nam cum agat tutele incertum constituit, an ex stipulatione pecunia debeatur, cum fieri possit, vt obtineat ex tutelae actione, ideo non potest scire debitor, an ex stipulatione praestanda sit pecunia, vel non.

14 Sed † vereor, nè non satis bona responsio sit. Nam si factum haeredis Pupillae agentis actione tutele efficeret, vt heres Tutoris iustè ignoraret se ex stipulatione debere, vtiquè etiam sinè aliqua oblatione, dici non posset cessare, & per ipsum fieri, quò minus pecunia solueretur *l. quod te ff. si cert. pet.* ergò frustra oblatio requireretur. Pretera aliud est incertum constitui Tutoris heredem, quid ex re iudicata debiturus sit, aliud impediri eum, quò minùs pecuniam possit obsignare, sūt enim hec omninò distincta. Sicuti ergò vt cursum vsurarum sisteret, debuit offerre. Ità si obsignatio ad illum effectum esset necessaria debuisset obsignare; Et tanto magis, quia in omnem casum haeres tutoris debiturus est vel pecuniam, quā ex stipulatione promisit, vel maiorem summā ex causa tutelae. Vt ergò iustam habeat excusationem ab vsuris prestandis, saltem debuit obsignare pecuniam debitam ex stipulatione, cum fieri non posset, quin ea ad minus in omnem casum deberetur. Tandem textus à Donello allegati ad rem non faciunt. Nam *in l. cum quidam §. si pupillo ff. de vsuris* non aderat persona, cui solui posset; In nostro verò casu adest, & nihil prohibet, quò minus pecunia obsignetur. Textus vero *in l. fin. C. de vsur. pupill.* continet speciale remedium Tutori concessum ad sistendum cursum vsurarum pupillarium; videlicet si frequenter denunciet se paratum tutelam restituere; idque Pupillo contumace existente apud

15 acta testetur. Duplex † igitur remedium tutori paratum, vel ipsa obsignatio pecuniae debite, vel supradicta denunciatio *l. 1. in fin ff de vsur. & d. l. fin. C. de vsur. pupill.* quod vtrumque refertur *in l. tutor pro pupillo 28. §. 1. ff. de admin. tutor.*

16 Verior † itaque responsio est, quam nec nostri citramontani ignorassent, obseruandum esse in casu nostri contextus haeredem Pupille illicò negasse transactionem fecisse, & apud iudicem tutelae egisse, *illicò* idest antequam vsure inciperent deberi, & nondum commissa
17 vsurarum stipulatione, quo † casu sola oblatio efficit, ne vsurae debeantur *l. si per te 9. C. de vsuris.* Non mirum itaquè, cum Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, vsuras iure non deberi. Non obsignatio tunc est necessaria, quando vsure deberi coeperunt, quo casu earum cursus non nisi obsignatione sisti potest, vt in iuribus in contrarium allegatis.

Ad l. 3. §. vnde vi ff. de vi & vi armata. Cap XLII.

SVMMARIVM.

Vsufructuarius non possidet. n. 1.
Habet tamen interdictum vnde vi n. 2.
Quod non datur nisi ad veram possessionem, & possessionem sibi recuperandam. n. 3.
Interdictum vndè vi, his non datur, qui non possident. n. 4.
Marci Aurelij Galuani viri doctissimi indicatur sententia remissiuè. n. 5.
Refertur etiam interpretatio Nicolai Bonaparte I. C. Clarissimi. n. 6.
Necessarium illud dicunt Iure Consulti quod ex

ex æquitate contra regulas iuris concessum est, vt ex pluribus probatur. n. 7.

1 FRuctuarium † non possidere, & fundum sibi non tenere est certissimum *ex l. sciendum §. 1. ff. qui satisd. cog. l. 1. §. vnde ff. quod legat. l. Celsus §. 1. ff. ad exhib. l. certè §. is qui rogauit ff. de precar.*
2 *& alijs similibus locis*. & † tamen fructuario dicitur dari interdictum *vndè vi*
3 *l. 3. §. vnde vi ff. de vi & vi arm.* quod† his datur duntaxat qui sunt deiecti ad recuperandam possessionem *l. 1 §. 1. ff. de vi & vi arm.* & quidem ad recuperandam possessionem, quam amiserunt *l. 1. in princ. ff. eod. tit.* & possessionem duntaxat soli vnde deiecti sunt *d. l. 1. §. hoc interdictum* & possessionem veram, & eam,
4 quam sibi quisque tenet. Vnde † hoc interdictum non datur colono, siue inquilino, qui magis tenent, quam possident. *l. fin. ff. eod. tit.*

Doctorum traditiones ad difficultatem istam tollendam non quero. Place-
5 ret † enim mihi Clarissimi, & Doctissimi viri responsio Marci Aurelij Galuani *in suis eruditissimis dissertationibus de Vsufr. cap. 34. sub. n. 7.* Cuius sanè virtutem, singularem doctrinam, eruditionem, suscipio, & colo, mores candidissimos, animum ab omni inuidia alienum, sincerissimum summo amore prosequor, & obsequio, humanitati, & officijs me in perpetuum deuinctum profiteor, publi-
6 cèque testatum volo. Sed † ingeniosam quamdam hic afferre interpretationem intendo Clarissimi olim preceptoris mei Nicolai Bonaparte, cuius in hoc Pisano Gymnasio gloriosa semper viuet memoria. Hic, vt qui diligenter veterum Iurisconsultorum resposa, formam etiam, & loquendi rationem obseruabat, fatebatur, quod est verissimum, fructuarium non possidere. Interdictum vndè vi suaptè natura non nisi ei, qui cum verè, & sibi possideret, deiectus est, dari; Ideoque ipso iure illud interdictum vsufructuario non competere. Concessum tamen eidem esse dicebat ex summa æquitate, quia licet fundum fructuarius nomine proprio non possideat, tenet tamen eius iuris ratione, quod proprium ipsius est, nec iure suo frui potest, nisi in possessione fundi sit. Si de fundo deijciatur. Ius ei quodammodo suum eripitur, aut saltem iuris effectus, quod ius, vel eius effectum recuperare non potest, nisi ei rursus concedatur in possessione fundi esse. Ergò licet ipso iure interdictum fructuario non competeret, *tamen necessarium hoc interdictum ei fuisse apparet*, vt dicit I. C. *in d. l. 3. §. vndè vi ff. de vi & vi arm.* & ideo necessariũ, quia ipso iure non compe-
tebat. Itá enim † loquuntur Iureconsulti, quoties maxima vtilitate suadente contra regulas iuris quid fuit statutum. Sic *in l. 1. §. si quis ex mortis ff quod legator.* (iuxta lectionem, quæ habetur in Pandectis Pisanis) dicitur necessariũ esse illud interdictum heredi aduersus eum, qui possidet ex donatione causa mortis, ea ratione, quia ipso iure remanet portio legis falcidię apud eum, sed heredem. Ideo dicitur necessarium, quia eadem ratio falcidiæ, & in hoc casu vigebat, sed deficiebant verba edicti, quo interdictum concedebatur duntaxat aduersus eum, qui legatum occupauerat *d. l. 1. §. 1. ff. quod legator.* vt ipso iure heredi illud interdictum, competere non posset, nisi ex equitate ei concederetur. Pulcherrimus ad rem hanc textus est *in l. 2. 1. §. ff. fam. Ercisc.* cum enim actio familiæ erciscundæ non detur nisi inter hæredes, vel bonorum possessores. Si quarta ex constitutione D. Pij ad aliquem arrogatum deferatur, quia iste neque heres, neque bonorum possessor est, dicitur vtile familiæ erciscundę iudicium esse necessarium. Afferri potest textus *in l. 1. § idem Labeo ff. de Aqua quot. & æstiua.* vbi dicitur, licet interdictum illud fit propositum de Aquis frigidis, tamen & de calidis dandum, quia in aliquibus locis eius vsus est necessarius: Vndè intelligimus necessitate, & vtilitate suadente interdicta & alijs dari, quibus alioquì ipso iure non competerent, *& in eadem l. 1. §. hoc interdictum ff. de aqua quot. & æstiu.* necessariò dicitur illud interdictum, de quo proximè dictum erat, inductum esse, quia cum superius constitutum esset de his, qui à capite ducunt aquam, equissimum visum fuit competere & his, qui

ex castello ducunt. Vndè colligitur necessariò inductum dici quod ex æquitate inductum est; ergò etiam in casu nostro necessarium dictum fuit interdictum fructuario, quod æquum esset illud ei competere. Et similes iuris locos quisque potest obseruare. Ad rem hanc optimè facit *l. fin. C. de constit. pecun.*

Ad l. Pater 10. in princ. ff. de Capt. & de Postliminio. Cap. XLIII.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio de qua in hoc textu. n. 1.

Substitutio pupillaris, vt valeat necessè est impuberem esse in potestate Patris, non solum tempore testamenti, sed tempore mortis Patris. n. 2.

Lex Cornelia fingit captiuum ea hora decessisse qua captus est, ad hoc vt hæreditatem eius possit deferre. n. 3.

Fictio l. Corn. leg. non habet locum in filiofam. nec in alio casu extra causā hæreditatis n. 4.

Lex Cornelia pertinet non solum ad hæreditatem eius, qui fecit ipse testamentum, & captus est, sed & ad omnes hæreditates, quæ ex eius testamento ad quemcunque pertinuissent, si captus non esset. n. 5.

An in hoc textu necessariò ponendum sit filium fuisse institutum, vt secus dicendum foret, si esset exheredatus. n. 6.

Patre mortuo apud hostes filius suus hæres existit. n. 7.

Hæreditas captiui defertur perindè ac si captus ille non esset, & eodem modo ad quemque pertinet, quò pertinuisset si captus non fuisset. n. 8.

IN substitutionum tractatu nihil difficilius inspectione illa, an, & quando tabulæ pupillares infirmentur captiuitate siue Patris, siue filij, siue vtriusque. Nec quæstiones ad hanc rem occurrentes resolui possunt, nisi præsertim intelligantur *l. pater 10. & l. seq. ff. de capt. & postlim. reuers.* quę licet satis benè sint à Doctissimo Cuiacio ad Papin. explicatæ, tamen de earum sententia, & ratione quęrere non erit inutile, maximè ob multa, quæ obijcit, & involvit Antonius Faber.

1 In † principio. *L. Pater.* hęc proponitur quęstio. Pater sibi fecerat testamentum, & in eo filio impuberi instituto substituerat. Fuit ab hostibus captus, & ibi decessit. Post mortem patris filius & ipse in ciuitate impubes decessit. Quęritur quis ad hæreditatem impuberis sit admittendus, an hęres legittimus, an ex secundis tabulis hęres testamentarius. Videbatur quibusdam legittimum hæredem admittendum, ea ratione, quia †
2 ad hoc vt secundæ tabulæ valeant; non solum opus est filium impuberē in patris esse potestate tempore testamenti. *Inst. tit. de pupill. subst. in princ. & omnibus ff. de vulg. & pupill.* Sed & requiritur esse in eiusdem potestate tempore mortis *l. cohæredi §. cum filia ff. de vulg.* & sic filiū sui iuris effici morte patris. At in casu proposito filius nō morte Patris sui iuris effectus est, sed eo viuente liberatus est patria potestate, nempè ex quo Pater captus est, & sic hostium seruus est effectus, ergò substitutio pupillaris valere non potest. Confirmatur istorum ratio,
3 quia † quamuis lex Cornelia, vt possit deferre hæreditatem eius, qui ab hostibus captus ibi decedit, fingat ea hora captiuum decessisse, qua captus est, vt eius decessisse videatur, & tamquam eius hęredes habeat. *Paul. recept. sent. lib. 3. tit. 4. §. qui ab hostibus l. bona ff. de Capt. & postlim. reuers. § fin. Quibus non est permiss. fac. testam.* tamen ea lex, quę Patris capti, & apud hostes perempti hæreditatem defert, nihil circa filium fingit. Duntaxat hanc fictionem inducit, cum agitur de hęreditate eius deferenda, qui apud hostes decessit. Vnde †
4 si fortè filiusfam. captus fuerit, qui bona in ciuitate nō reliquit, cessat ea fictio *l. lex Cornelia ff. de vulg. & pupill.* & hac ratione non valuit institutio facta secundum formulam Galli *in l. Gallus §. quid si qui filium ff. de liber. & Posth.* in hoc casu Pater habebat filium, cuius vxor prægnans erat, filius captus fuit ab hostibus. Pater verò eo capto iuxta formulā Galli fuerat testatus, nempè filium instituerat, & si filius se viuo moreretur, nepotem ex eo *d. l. Gallus in princ.* Indè decesserat. Post mortem eius natus fuerat posthumus.

mus. Posthumo verò nato filius apud hostes obierat. Nempè quia in hoc casu lex Cornelia circa personam captiui, qui bona non habuit, & qui ideò hæredem habere non potuit nihil finxit. Igitur veritas fuit inspicienda. Cum autem verè filius fuerit mortuus post mortem Patris testatoris, defecit conditio, sub qua nepos fuit institutus, quę illa fuit, *si filius me viuo morietur*. verè enim mortuus filius est mortuo iam Patre testatore; & defecta conditione institutionis, nepos non potuit hęres esse. Hac ratione, quia lex Cornelia extra causam hæreditatis, vel etiam tutelæ non fingit in eo, qui ab hostibus captus ibi perijt, disputatur, quid dicendum de donatione à coniugibus facta, qui ijdem ab hostibus sint capti, si vel ambo, vel alter apud hostes decesserint *in l. cum hic status §. si ambo ff. de donat. int. vir. vel uxor.* & idcirco in similibus quæstionibus necessarium esse Augusto remedio causam dirimi testatur Iustinianus *in l. fin. C. de donat. int. vir. & uxor.* Et hac etiam ratione dubitatũ fuit *in l. si ab hostibus 11. ff. sol. matrim.* an filiafam. capta ab hostibus, ibique extincta dos profectitia ad Patrem rediret, cum nec morte matrimonium esset dissolutum, sed captiuitate, nec in potestate Patris fuisset cum decessit; Et quamuis ibi existimet I. C. perindè obseruanda omnia, ac si nupta decessisset, non tamen vtitur authoritate *l.* Cornelię, quæ nonnisi in causa hæreditatis, & in eius persona fingebat, de cuius hæreditate ageretur.

Verum his rationibus non obstantibus contrarium resoluit Papinianus in *l.* quã explicamus. Nempè substitutionem pupillarem in casu proposito valere, & non legitimum impuberi, sed à Patre substitutum succedere. Hac verò ratione mouetur Papinianus quia (inquit) *si Pater, qui non redijt, iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, substitutio suas vires necessariò tenet.* Cuius rationis is sensus est. Lex † Cornelia mortuo captiuo apud hostes voluit pro mortuo illum haberi ea hora, qua captus est, vt ciuis mortuus intelligeretur. Et hanc fictionem induxit non solum vt prodesset ad hoc,

5

vt hęreditas captiui deferri posset, siue legittimis, siue testamentarijs hæredibus, sed vt & omnes hæreditates deferrentur, quę ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non peruenisset, sed ea hora decessisset, vt testatur Iulianus *in l. lex Cornelia 28. ff. de vulg. & pup.* Vnde dubitari non potest legem Corneliam pertinere ad secundas tabulas, & fictionem à lege Cornelia inductam accomodandam esse ad secundas tabulas sustinendas. Quod si ità est, etiam quantum ad secundas tabulas, & pupillarem substitutionem pertinet Pater pro mortuo habendus est ea hora, qua captus est, vt filius ea hora sui iuris fuerit effectus, quasi per mortem Patris, & sic valuerit substitutio pupillaris. Benè ergò Papinianus, eo supposito quod est verissimum legem Corneliam voluisse sustinere etiam secundas tabulas, & ad eas fictionem suam accomodasse *d. l. Cornelia ff. de vulgar.* ità ratiocinatur. Si Pater qui non redijt, iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est, necessariò substitutio suas vires tenet. Sequitur enim cessare rationem eorum, qui contrarium sentiebant, qui ex eo mouebantur, quia filius impubes viuo apud hostes Patre sui iuris effectus fuisset. Nam imò cũ ex ea fictione habeatur pro mortuo ea hora, qua captus est, intelligitur etiam eadem hora filius per fictam istam mortem patris, sui iuris effectus, & sic tempore mortis Patris in potestate eiusdem fuisse. Et ex his etiam tollitur quod in confirmationem dicebatur *l.* Corneliam non fingere nisi circa illum, qui captus apud hostes decessit. Nam potest id esse regulare. Cęterum quantum pertinet ad secundas tabulas, cum nominatim expresserit lex velle & his per eam fictionem fauere, necesse est, vt filius intelligatur ex Patris morte sui iuris effectus, cum alioqui non possent illæ valere.

6 Vndè † omninò est improbabilis, & reijcienda interpretatio Fabri *ad cap. 4. lib. 10 coniect.* qui existimat ad hoc vt ex secundis tabulis filij hęreditas deferatur necessarium esse, vt filius à Patre sit institutus, prout institutum eum ponit Papinia-

pinianus, quia hoc casu, cum ex eo quod lex Cornelia inducit hæreditatem *l. in bello* §. 1. *ff. de captiu. & postl. reuers.* inducat etiam hæredem, nempè ipsum filium institutum statim & eo instanti quo Pater captus est; consequens est vt intelligamus ipsum eodem instanti, & sic quasi ex morte Patris sui iuris effectum esse, nè viui Parentis hæres fuisse intelligatur, quod est absurdum. Quę ratio cessat filio exhæredato, cum hoc casu filius non veniat considerandus. Nam ex dictis refellitur Faber. Cum enim lex Cornelia pertineat non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt, sed & ad omnes hæreditates, quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non peruenissent, vt testatur Iulianus *in d. l. lex Cornelia* 20. *ff. de vulg. & pupill.* non est distinguendum inter filium institutum, & exhæredatum, vtiquè enim etiam hęreditas filij exhęredati institutis in secundis tabulis fuisset delata, si Pater captus non fuisset, & ante filium impuberem decessisset. Ergò & ad hanc hæreditatem fictionem illam voluit lex accomodare, vt posset institutis in secundis tabulis deferri. Et pręterea cum lex captiui constituat hęreditatem testamentariam, necesse est in necessariam consequentiam, vt consideretur exhæredatio filij, qui ex ea à paterna excluditur hæreditate, ad quam sine dubio admitteretur, si præteritus esset. At verò si pro ritè exheredato filius habetur, ideòque excluditur; necesse est, vt intelligatur exclusus ab hęreditate mortui, non viui Parentis, vt de instituto Faber ratiocinabatur. Licet enim lex Cornelia fingat circa personam captiui, vt eius hęreditas constituatur, & possit deferri, tamen necesse est eam fictionem considerari etiam in persona filij, qui data hæreditate Patris ex Legibus duodecim tabularum successurus est. Ideò † Patre apud hostes mortuo, eo etiam instanti, quo captus est, retrò creditur filia sua hęres extitisse *l. apud hostes* 8. *C. de suis & legit.*, quia cum eo instanti fuerit ad hæreditatem admissa, quasi eo instanti mortuo Patre, sequitur necessariò, vt eo instanti patria potestate liberata sui iuris fuerit effecta, & sic vt sua hęres extiterit, vt fictio, quę in vno admittitur, operetur in omnibus connexis, & correspectiuis, quæ occasione hæreditatis captiui, quę defertur veniunt consideranda. Sicuti † enim hęreditas captiui defertur perindè ac si numquam captus ille esset, ità & illis, & eodem modo defertur, perindè ac si in Ciuitate decessisset *l. lege Cornelia* 12. *ff. qui test. fac. poss.* Nec est contrarium quod in hac ead. l. dicitur seruum Testatoris liberum & hęredem existere, siue velit, siue nolit, licet minus propriè necessarius hæres dicatur, sicuti & filium eius, qui in hostium potestate decessit inuitum hæredem existere, licet suus hæres dici non possit, qui in potestate morientis non fuerit; ex quo elicit Faber fictionem operari duntaxat ad fauorem captiui, non vt suus hæres sit filius. Nam sensus legis ille est. Licet considerata veritate nec seruus necessarius hæres dici possit, qui non fuit in dominio captiui, qua hora naturaliter decessit, nec filius dici possit suus, qui in potestate morientis non fuit; tamen & ille necessarius, & filius inuitus, & suus ex fictione l. Cornelię extitit, quæ vult eodem modo hęreditatem captiui ad quemque pertinere, quo pertinuisset, si captiuus in Ciuitate decessisset. At hoc casu filius suus ei extitisset, ergò & suus extitisse intelligendus est ei qui apud hostes decessit.

8

Non obstat quod considerat Faber Papinianum in principio nostræ Legis proposuisse casum in filio instituto, cum tamen in §. 1. eiusdem huius legis casum ponat siue in instituto, siue in exhęredato, vt credendum sit interesse in casu nostri textus filium esse institutum, videlicet vt necessarium sit illum institutum, ac hoc vt decisio nostra locũ habere possit. Nam potuit id casu factum esse, non dedita opera. Alioquin si ad hoc vt secundę tabulę confirmarentur necessarium esset filium esse institutum, maximè damnandus esset Papinianus; quod adeò obscurè id nos docere voluisset casum in instituto proponendo, quod casu

Aa factum

factum esse optima ratione arbitrari potuissemus. Nec ratio Fabri contrarium suadet, qui considerat Papinianum in l. nostra non respondere ad aliquam facti speciem propositam, sed legem hanc desumptam ex libris quęstionum, vt cum quęstionem proposuerit de filio instituto, non sine mysterio id actum esse sit existimandum: maximè cum videamus, vt dicebatur Papinianum in hac l. nostra in §. 1. casum proponere expressè in filio siuè instituto, siuè exhæredato, quod idem fecisset in principio legis, si nihil interesset filium institutum, aut exhæredatum esse. Nam imò Papinianus non ipse proponit quęstionem, sed ab alijs propositam tractat, & in his eisdem terminis de ea disputare Papinianum oportet, in quibus ab alijs fuit proposita, cum illos velit reprobare. Potuerunt verò illi de filio instituto quęstionem proposuisse vel casu, vel etiam quia difficilius fortè existimabant, eum hæredem existentem, negare morte Patris sui iuris effectum, quam de exhęredato id asserere, qui cum ab hęreditate Patris excluderetur, non adeo erat circa illam considerandus, vt contendit Faber, & tamen in casu magis difficili pronunciabant filio non substitutum, sed legittimum hęredem succedere. Hos ergò reijcit Papinianus, & cum ratio qua Papinianus vtitur, pertineat æquè ad exhęredatum, prout ad institutum, vt suprà ostendimus constat euidenter nullam constituendam differentiam, vtrum filius à Patre fuerit institutus, an verò exhęredatus.

Ad §. 1. l. Pater 10. ff. de Capt. & de Postlim. Cap. XLIV.

SVMMARIVM.

Proponitur quęstio, de qua in contextu. n. 1.
Impubes testamēti factionē non habet. n. 2.
Explicatur textus n. 3.
Impubes impropriè dicitur intestatus decedere. n. 4.
Non probatur sententia Fabri. n. 5.
Ex mente legis licet Iureconsulto legem ipsam supplere. n. 6.
Prętor olim actiones etiam ciuiles dabat. n. 7.
Vtiles actiones dantur quando deficiunt verba legis, mens tamen adest. n. 8.

IN hoc § Papinianus hanc quæstionem proponit. Pater † sibi, & filio impu-
1 beri fecit testamentum, inde in Ciuitate decessit. Postea filius (siue institutus, siuè exhæredatus nihil interest) ab hostibus impubes captus fuerat, ibique decesserat. Quæsitum fuit, an posset substitutus ex secundis tabulis ad filij hæreditatem admitti. Et respondet Papinianus negatiuè, & rationem ait in promptu esse, videlicet, quia lex Cornelia de secundis tabulis nihil fuit locuta, sed pollicita fuit hæreditatem ex testamento eorum delaturam, qui testamenti factionem habuissent. (Quod quidem ità est intelligendum, vt lex Cornelia non fuerit locuta de secundis tabulis principaliter, & per se confirmandis, secus verò in consequentiam testamenti illius, qui liberis suis fuit testatus, & testamenti ipse factionem habuit. Probauimus enim in cap. præced. legem Corneliam non solum pertinere ad hereditatem eorum, qui testamenta fecerunt, sed & ad omnes hęreditates, quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non peruenissent *l. lex Cornelia ff. de vulg. & pup.*) Cum itaquè lex Cornelia de eo tantum fingat, qui testamenti factionem habuit, non potest pertinere ad hunc casum, quo fingendum esset ad hoc vt substituto hęreditas posset deferri impuberem ea hora mortuum esse, qua captus fuit.
2 Impubes † enim testamenti factionem non habuit §. *prętereà Instit. tit. Quib. non est permiss. fac. test.*
3 Cæterum † considerat Papinianus hęc rectè procedere inspectis verbis legis Cornelię. Verum attenta mente eiusdem legis substitutum admittendum. Hoc verò argumento mouetur Papinianus; quoniam certū est ex lege Cornelia hęreditatem impuberis etiam captiui legittimis hęredibus deferri. Ratio autem est, quia intestatus, & sine testamento sine dubio impubes decessit, qui nec quidem testamentum facere potuit; & hic est sensus eorum verborum *quoniam verum est ne impu-*

imo haberem quidem testamenti factionem habuisse. Vt scilicet his verbis reddatur ratio, cur legitimis hæredibus captiui ex l. Cornelia hæreditas deferatur, nempè, quia adeo decessit intestatus, vt nec volens testamentum facere potuisset. Ex hoc elicit Papinianus ex secundis tabulis admittendum etiam esse substitutum, & ex mente ipsa legis. Si enim ex l. Cornelia legittimus admittitur hęres ad Pupilli hęreditatem, quia impubes decedit sine testamento; ita ex eadem l. admittendus erit substitutus ad hæreditatem pupilli, qui decedit cum testamento, quamuis à Patre facto. Neque obstaret Papiniano, si quis diceret pupillum, licet cum testamento decedat testamenti tamen factionem non habere. Nam & pro eo poterit vi argumenti, quo ipse vtitur, responderi & intestabilē
4 esse Pupillum, indè † propriè intestatum dici non posse *l. 1. ff. de suis & legit.* & tamen legittimam eius deferri hæreditatem. Sicuti ergo defertur l. Cornelia legittima Pupilli hæreditas, quia Pupillus sine testamento decedit, quamuis dici propriè intestatus non possit. Ità eadem lege deferenda testamētaria, si contingat cum testamento pupillum decedere, idque ex mente erit legis, quamuis verba deficiant. Vndè intelligimus maximè verisimilem esse, & accomodatam menti, & responso Papiniani emendationem Cuiacij, quam tradit ad hanc ipsam legem, nempè legendum in hoc §. *quamquam*, non *quoniam* quidquid dicat Antonius Faber *cap. 5. lib. 10. coniect.* licet & sine emendatione idem ferè sensus sit legis, vt supra docuimus.

5 Planè † Faber *d. cap. 5.* contendit ex l. Cornelia substitutum non admitti; sed existimare Papinianum ex ęquitate Prætorē vtiles actiones dare oportere, idest quales ipse solet; nam directas numquam dat, cum heredem facere non possit. Et sentit cum Iuliano Papinianum pugnare, Scęuolā verò à Iuliano dissensisse, & rursus Papinianum à Scæuola, vt videre est ex *d. cap. 5.* Ego scripta Antonij Fabri, qui sanè doctissimus, & subtilissimus fuit I C, admiror, & veneror, & ex his plurimum didicisse profiteor. Sed id probare non possum, laborasse illum in nouis dissensionibus inter Iuris Consultos inuestigandis, & detegendis, adeò vt eas primùm indicasse glorietur. Vtinam doctissimus iste vir se potius iurisprudentię, quam iurisprudētiam sibi accomodasset, & operam, & ingenium difficultatibus tollendis, & dissensionibus, quas heù nimis certas, & multas habemus, conciliandis impendisset.

Ergò sensus huius §. ille est. Si inspiciamus verba l. Corneliæ, quæ testamenta eorum confirmare fuit pullicita, qui testamenti factionem habuissent, sine dubio substitutus ad pupilli hęreditatem non potest admitti, quia verba legis deficiunt. Verum si inspiciamus mentem legis, dicendum est substitutum admittendum. Sicuti enim ex l. Cornelia admittitur legittimus hęres ad hęreditatem impuberis, quāuis impubes propriè decedere non dicatur intestatus *l. 1. ff. de suis & legit.* vt potius lex inspiciat effectum, & quod sine testamento Pupillus decedat, ità dicendum est ex mente eius esse, vt deferatur substituto Pupilli hęreditas, si quo casu cum testamento Pupillus decedat, quamuis ipse testamentum facere non possit. Licet enim lex Cornelia locuta fuerit de his, qui testamenti factionem haberent, tamen ii ità fecit vt ostenderet non velle eorum testamenta conualidare, qui alioquì, & si in Ciuitate decessissent, nō potuissent ex testamento hęredes habere, cuius nec factionē haberent. Sed velle conualidare testamēta eorum, quæ alioqui valuissent, si captiuus in Ciuitate decessisset ea hora, qua captus fuerat. Itaquè noluit excludere Pupillū, imò potius de eo non cogitauit. Dum illos demonstrauit, qui testamenti factionem haberent, existimauit omnes cōplecti, qui cum testamēto vtili, & valido decedere possent.
6 Vnde † cum ratio legis nō desit, & cū si interrogati fuissent legislatores, an vellent ex testamento Pupilli captiui, & ex secundis tabulis hæreditatem deferri, vtiquè affirmatiuè respondissent: licet nobis supplere quod legi deest etiam priuatis Iureconsultis, quia id facimus ex mente legis *l. non possunt. cum l. seq. ff. de Legib.* Ergò rectè

dicitur *l. lex Cornelia 28. ff. de vulg.* Pupillo capto ab hostibus post mortem Patris ibique decedente, non incommodè dici hæreditatem eius ex *l.* Cornelia ad substitutos pertinere; nẽpè quia licet ex verbis non pertineat, pertinet tamen ex mente; & ex lege esse dici potest, quod ex mente legis est *l. nominis 6. §. 1. ff. de verb. signif.* Hinc est quod Iulianus idem *in l. bona 22. in princ ff. de Capt.* indistinctè dicit bona eorum, qui apud hostes decesserint, siue testamenti factionem habuerint, siue non habuerint ad illos pertinere, ad quos pertinuissent si illi in hostium potestatem non peruenissent. Nempè quia ex *l.* Cornelia vtroque casu instituti admittuntur, licet primo casu ex verbis, & ità magis commodè; secundo verò casu ex sola mente, verbis deficientibus, & ità non adeo commodè, sed tamen non incommodè, vt legendum est *in d. l. 28. ff. de vulgar.* Licet Doctissimus Cuiacius defendat etiam lectionẽ Pandectarum Pisanarum, in quibus legitur *non commodè* asserens adijciendam interrogationem, vel ità interpretans ea verba, vt non fiat commodè, fiat tamen. Commodè non fiat deficientibus verbis; fiat tamen, ex mente legis.

Neque his obstat non futurum ergò necessarium Prætoris auxilium, vbi substitutus ex lege fuit admittendus, & tamen in hoc §. ad Prætoris auxilium Papinianus recurrit, dicens alienum non esse Pretorem vtiles actiones dare substituto. Nam respondeo id sentire Papinianum, vt deficiente legis potestate remedium Prætoris sit implorandum. Sed imò cum dicat Prætorem debere subsequi tum Patris tum legis voluntatem, intelligimus legem in hoc casu non deficere, & ideo opus non est Pretoris

7 remedio. Sed † cum pretor omnes actiones olim daret, non solum quas ipse edictis suis induceret, & polliceretur, sed & legittimas, quę omnes à Prætore dabantur, vel denegabantur *l. ait Pretor 7. l. nam posteaquam 9. in princ ff. de iureiur. l. necessarijs ff. de acquir. hered. l. seruum quoque 33. §. ait Prætor l. mutus 43. §. pena ff. de procur. l. 1. & 2. C. de form. & impetr. act. sublat.* docet Papinianus hoc casu dare eum debere vtiles. Vtiles tamen ciuiles, non prætorias, & vtiles ex *l.* Cornelia. Cum enim directę non nisi ex verbis dentur, & his casibus quibus verba adsunt: vtiles verò † quando verba deficiunt, adest tamen mens legis vt 8
probatur *ex §. fin. instit. tit. de leg. Aquil.* In casu proposito deficientibus verbis legis Cornelię, ex mente legis vtiles actiones dandę erunt. Et ità §. iste interpretandus. Non quo modo intelligit & interpretatur Iacobus Cuiacius, ideò dari vtiles actiones, quod iure ciuili directę non dẽtur, quia legibus duodecim tabularum ea hæreditas non defertur. Nam licet legibus duodecim tabularum nõ deferatur, defertur tamen ex l. Cornelia, cuius potestas minor non est potestate legũ duodecim tabularum, vt rectè etiam aduersus Cuiacium notat Faber.

Confirmatur hic § nostri intellectus, & Papiniani sensus, quem supra ostẽdimus ex illis verbis nostri §. *& ideo non esse alienum &c.* ea enim verba *& ideò* ostendunt ex dictis inferri Prætorem subsequi debere legis voluntatem, quę sanè bona illatio non esset, si ex dictis legis mentem adesse non fuisset probatum. Probat verò legis mentẽ Papinianus non deficere argumento sumpto ab hęreditate legittima impuberis, quæ ex *l.* Cornelia defertur. Et indè infert subsequi oportere Prætorem non minùs Patris, quam legis voluntatem. Nam sicuti ex verbis legis non esset deferenda legittimis hæreditas Pupilli, qui propriè intestatus non dicitur, & tamen ex mente defertur quia Pupillus hęreditatem habet, & nullum testamentum relinquit, nec potest relinquere. Ità & ex mente legis erit, vt deferatur hęreditas substituto eius pupilli, qui testamentum reliquit, licet à Patre factum. Cæterum argumentis opus non est vbi verba Papiniani sunt clara ibi *Prætorem subsequi non minus Patris, quam legis voluntatem.* Quomodò enim poterit Prætor legis voluntatem subsequi in vtilibus actionibus substituto dandis, si legis voluntas repugnat, aut saltem deficit? Quod enim dixit Faber ità ea verba intelligenda, vt sicuti Pretor sequitur voluntatem legis accomodando etiam pretoria

ria remedia ijs, qui ex lege admittuntur; ita hoc casu conueniens sit sequi eum voluntatem Patris. Non facilè mihi persuadetur, cum quæratur hîc, an ex *l.* Cornelia substituturus admittatur; & concludatur Pretorem non solum Patris, sed & legis, (idest Corneliæ de qua quæsitum fuerat) voluntatem sequi oportere.

Ad l. quod si filius 11. in princ. ff. de Capt. & de postlim. Cap. XLV.

SVMMARIVM.

Proponitur quæstio, & Papiniani responsio. n. 1.

Affertur interpretatio Accursij, & communiter Doctorum. n. 2.

Patre apud hostes mortuo, filius medio tempore decedens intelligitur paterfamilias decessisse. n. 3. & 15.

Communem interpretationem reprehendit Faber. n. 4.

Affertur expositio Cuiacij. n. 5.

Cuiacium Faber reprobat. n. 6.

Refertur expositio Fabri. n. 7.

Lex Cornelia iungit tempus mortis tempori captiuitatis. n. 8.

Lex Cornelia his defert hereditatem, qui tempore mortis captiui viuunt, & sunt proximiores. n. 9. declarat vt. n. 13.

Reprobatur Fabri sententia. n. 10.

Filia decedens medio tēpore inter captiuitatem, & mortem Patris, intelligitur Patri apud hostes mortuo sua heres extitisse. n. 11.

Ab intestato hereditas non defertur, dum speratur testamentarius heres. n. 12.

Probatur expositio Cuiacij. n. 14.

1 SIt † Patre ab hostibus capto, qui & sibi, & filio impuberi testamentum fecerat, interim filius impubes in Ciuitate ante Patrem moriatur. Quærit Papinianus quid sit dicendum, & an ex secundis tabulis substitutus possit admitti. Respondet verò nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, quod ea ratione conuincit, quia vel Pater rediit, & apparet impuberem viuo patre filiumfam. decessisse, & sic heredem habere non posse. Vel Pater non est reuersus, & constat filium sui iuris effectum, ex quo Pater ab hostibus captus est.

2 Accursius † & Doctores communiter existimant in casu proposito Papinianum sentire, nullo casu posse substitutum admitti, & id sibi velle Papinianum, dum dicit, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit. Rationem Papiniani euidentem omnes agnoscunt eo casu, quo Pater mortuo impubere in Ciuitatem redit; cum enim appareat impuberem filiumfam. decessisse, dubitari non potest hæredem illum habere nō potuisse. At laborant in ratione Papiniani explicanda in secundo casu. Inquit enim Papinianus Patre non reuerso exindè sui iuris fuisse filium videri, ex quo hostium Pater potitus est. Ex qua ratione maximè fieri videbatur, imò valere pupillares tabulas. Cum enim ea hora Pater mortuus fingatur, qua captus est, & ea ipsa hora filius intelligatur sui iuris effectus: consequens potius videtur ex secundis tabulis hæreditatem substituto deferendam, vt pote quasi ex morte Patris filio patria potestate liberato. Itaque inquiunt addendam negationem, vt scilicet Patre non reuerso, non statim effectus sui iuris filius videatur, sed expectanda sit Mors Patris, ea ratione, quia lex Cornelia fingit eum, qui decedit apud hostes, ea hora decessisse, qua captus fuit; sed id antè non fingit, quam Pater moriatur. Quo verò tempore Pater moritur filius iam in rerum natura non est, ideo super eo nihil fingi potest. Quo-
3 niam † verò vident etiam ad anteà mortuum fictionem pertinere *in l. pen. ff. de suis & legitt.* vbi Patre mortuo apud hostes dicitur filius post captiuitatem medio tempore decedens intelligi Paterfam. decedere. Inquiunt id procedere quoad legittimam hereditatem, secus quoad testamentariam. Quod si negationem quis addere noluerit, adhuc eumdem sensum retinendum censet Accursius rationem Papiniani accipiendo non tamquam positiuam, sed vt remotiua sit: quasi dixerit Papinianus. Si Pater non fuerit reuersus, non tamen posse valere secundas tabulas hac ratione, quia

filius

filius exindè sui iuris fuerit effectus, ex quo Pater captus est, quoniam hæc ratio falsa est, & id dici non potest illa ipsa ratione, quam ex Accursio & Doctoribus iam iam attulimus.

4 Communem† hanc interpretationem meritò reprehendit Faber *d. lib.* 10. *conject cap.* 6. & quod manifestè sit contrà textum, & quia si vera esset interpretatio, vnica ratione contentus Papinianus esse debuerat, prima illa scilicet, quod siue reuerteretur Pater, siue non, filius familias impubes decessisse esset intelligendus.

5 Iacobus† Cuiacius in explicatione huius legis ad Papinianum subtiliter sanè, & doctè longè aliter hanc legem intelligit, quam faciant communiter Doctores. Quod enim dicit Papinianus nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, Doctores, & Interpretes nostri ità accipiunt, vt ideo de secundis tabulis nihil possit tractari, quia nullo casu consistant. Cuiacius verò ità ea verba intelligit, vt nihil sit quod disputari possit de secundis tabulis. Tractatio enim, vt ipse Cuiacius ex pluribus iuris locis probat, rerum est difficilium. In casu autem proposito res clara est, & aperta, & nihil disputandum occurrit. Nam siue Pater reuertatur ab hostibus, constat filium antè mortuum filiumfamilias decessisse, viuo scilicet Patre in cuius semper intelligitur potestate fuisse, qui semper retrò in Ciuitate fuisse creditur. Siue non reuertatur, apparet ex indè sui iuris filium effectum, ex quo Pater hostium potitus est. Et sic certum est non controuersum, aut disputabile admittendum substitutum propter l. Corneliam, quę quandoque mortuo Patre fingit ea hora mortuum, qua captus est, cumque eadem hora sui iuris effectus sit filius, constat morte Patris patria liberatum potestate.

6 Cuiacium† reprehendit Faber *d. cap.* 6. Et quod id certum & indubitatum dici non possit, quod à tot, tantisque interpretibus nondum bene explicatum sit, & intellectum. Et quod apertissime Papinianus asserat non morte Patris filium sui iuris effectum, sed ex quo Pater ab hostibus captus est.

7 Ipse† autem Faber cum Interpretibus in eo consentit, vt Papinianus sentiat, ideò nihil posse de secundis tabulis tractari, quod nullo casu illæ valeant. In ratione verò assignanda, cur illę non valeant Patre apud hostes mortuo præcipuus est. Hanc verò rationem assignat, quoniam lex Cornelia tunc hęreditatem facit, & hæredem, quando captiuus
8 apud hostes decedit, quia† lex Cornelia ità fingit, vt tempus mortis iungat tempori captiuitatis *l. pen. in fin. ff. de vsucap.* Ergo ex l. Cornelia nullum medium est tēpus inter captiuitatē, & mortem Post mortem igitur Patris intelligi nōn potest filius decessisse, qui medio tēpore decessit; Nam si idem momentum ex l. Cornelia est mortis, & captiuitatis. Vel ante captiuitatem mortuum filium esse dicendum est, qui verè ante mortem Patris decessit, vel quia post captiuitatem decessit, dicere oporteret eum etiam Patri superstitem fuisse, qui tamen ante Patrem decessit. Sanè nō potest medio tempore filium decessisse intelligi, cum nullū ex l. Cornelia medium sit tempus, & cū lex Cornelia eo tempore fingat, quo Pater reuera apud hostes decessit, consequens esset, si deferenda illo esset hæreditas, legem mortuo deferre hæreditatem, uel eum uiuum effingere, qui iam mortuus est, cum tamen id legis propo-
9 situm non sit, quæ† his defert hęreditatem, qui tempore mortis captiui viuunt, & sunt proximiores *l. nec nos præterit C. de postlimin. reuers.* Cessante itaque l. Cornelię fictione superest filium ex captiuitate Patris sui iuris fieri, non ex morte, ideòque ab intestato, non ex secundis tabulis hæredem habere.

10 Fabri† Sententia mihi non probatur, quæ si uera esset, sequeretur Patre ab hostibus capto, & ibi mortuo filium in Ciuitate ante mortem Patris post captiuitatem decedentem, non intelligi fuisse suum hęredem, quod tamen est fal-
11 sum, ut† probatur *ex l. apud hostes* 8. *C. de suis & legitt.* Nam filia medio tempore decedens, quia scientia mortis in suis non requiritur, intelligitur sua hæres extitisse, & sic hæreditatem ad suos hæredes transmisisse. Præterea cum lex

lex Cornelia ea hora decessisse Patrem fingat, qua captus est, necesse est vt intelligamus ex morte Patris filium sui iuris effectum ex ipso Papiniano *in l. Pater in princ. supra explicata* quia lex intendit non solum paternum testamẽtum, sed & pupillares tabulas confirmare, vt ibidem diximus, vt ad hunc effectum necesse sit legem considerare etiam ipsum filium, quasi scilicet morte Patris sui iuris fuerit effectus, cum alioqui numquam secundæ tabulę possent valere.

Et verò quid obstat, quo minus ex l. Cornelia possint secundæ tabulæ confirmari, quamuis filius medio tempore in ciuitate ante Patrem decesserit? fortè quia Patre non reuerso videtur statim sui iuris filius fuisse, ex quo Pater captus est, vt cum ad filium qui in Ciuitate decedit lex Cornelia non pertineat, filii hæreditas ex Legibus duodecim tabularum fit ab intestato deferenda? Sed cum postliminij spes efficiat vt ignoremus, an filius sui iuris sit, an sub Patris potestate, non nisi post Patris mortem legittima filij hęreditas poterit deferri. Cum vero moriente Patre statim lex Cornelia fingat, & retrò non solum Patris testamentum, sed & secundas tabulas conualidet, con-
12 stat † ab intestato legittimam non posse deferri hęreditatem, dum ex testamento hęres speratur *l. quamdiù ff. de Acquir. hęred.*

Non obstat ratio, & argumentum Fabri, quod lex Cornelia iungat tempus mortis Captiuitatis tempori, vt nullum medium tempus intelligi possit. Nam facillima responsio est fictionem hanc pertinere ad personam captiui, vt nullum medium tempus esse possit inter captiuitatem & mortem, Alioquì non Ciuis, sed seruus captiuus decedere intelligeretur. Cæterum admissa legis fictione, & eo constituto captiuum ea hora decessisse, qua captus est, consequens est, & filium post captiuum decessisse, & sui iuris ex morte captiui effectum, indè secundas tabulas valere; & ex illis hęreditatem deferendam.

13 Neque † obstat quod Faber considerat, non posse filio medio tempore mortuo deferri hæreditatem *ex l. nec nos præterit C. de Postlim. revers.* Nam refellitur Faber *ex l. apud hostes C. de suis & legit.* Et non bona est comparatio inter suos, & cognatos, aliosque extraneos hęredes. Suis, quoniam ignorantes, & inuiti fiunt hæredes, potuit retro intelligi & delata, & acquisita hæreditas. At cum alij coniuncti siue cognati ignorantes adire non possint, vtique neque illis delata poterit intelligi hęreditas, aut saltem inutiliter intelligetur delata, quam acquirere ignorantes sibi delatam, non potuerunt.

14 Ego † existimo verissimam esse responsionem Viri Doctissimi Iacobi Cuiacij supra allatam. Aduersus quam non obstant quę Faber obijciebat. Nam quod certum dici non posit id, quod nondum à tot, tantisque Viris intellectum est; imò retorquetur, cum omnes communiter crediderint Patre non reuerso locum esse pupillari substituto, quod quia indubitatum crediderunt, & malè acceperunt ea verba *nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit* existimantes sensum eorum illum esse, vt nullo casu tabulę secundæ valerent; laborarunt valdè in ratione à Papiniano allata interpretãda, vt cõstat ex dictis supra. Pręterea quãuis Interpretes & Doctores nostri ius quod apud veteres Iurisconsultos erat certum, & exploratum ignorassent, non posset responsum Papiniani impugnari, qui secundum sua tempora fuit locutus.

Non etiam obstat Papinianum asserere Patre non reuerso filium exindè sui iuris effectum, ex quo Pater captus est ab hostibus, quasi non morte Patris, sed ex captiuitate sui iuris effectus sit. Cum enim qua hora captus est fingitur decessisse, consequens est, vt qui dicitur ea hora sui iuris effectus, qua Pater captus est, dicatur etiam attenta l. Cornelię fictione patria potestatè liberatus per mortem Patris.

Validius argumentum aduersus interpretationem Cuiacij desumi potest ex eo, quia videmus vbique quando agitur de substituto admittendo ex secundis tabulis poni Patrem prius apud hostes decessisse, & postea impuberem decedere, vt contingit *in l. Cornelia* 28. §. 1. *ff. de vul-*

vulgar. in l. Pater in princ. ff. de capt. & postl. reuers. quod sanè sine mysterio non fit: si enim nihil interesset quoad validitatem secundarum tabularum, an prius, an postea Pater decederet, frustra exprimeretur priùs Patrem decessisse. Confirmatur apertius *ex l. hac nostra* §. 1. vbi ità demùm dicitur sufficere legem Corneliam substituto, si prior Pater decesserit, & idem omninò sensisse videtur Scæuola *in l. si Pater 29. ff. de vulgar.* quamuis in principali decisione videatur cũ Papiniano pugnare, vt postea dicemus. Vt ex his colligi videatur necessariam omninò esse præcedentiam Patris, vt filij hæreditas, siue in Ciuitate filius decesserit, siue & ipse decesserit apud hostes, possit deferri. Cuius rei ratio illa fortè possit assignari, quod lex Cornelia non prius confirmet testamentum paternum, quã Pater apud hostes decesserit; Absurdum ergò est, vt filius antea decedens ex secundis tabulis habeat substitutum. Sed nec ratio ista, nec iura in contrarium allata mè mouent. Imò enim moriente ante Patrem filio ex secundis tabulis quandoque Patre mortuo apud hostes, deferetur hæreditas substituto. Quamuis enim cum moritur filius dici non possit secundas tabulas valere, tamen nec dici potest eas inualidas esse; cum enim moriente apud hostes Patre futurum sit, vt mortuus intelligendus sit, qua hora captus fuit, apparebit antè filium, mortuum fuisse Patrem, & ex illa hora, qua Pater captus fuit confirmatum testamentum paternum, & consequenter tabulas pupillares. Et licet lex Cornelia non suspendat, tamen propter fictionem postliminij etiam lex Cornelia stat in suspenso. Si non esset nisi lex Cornelia consideranda, & hæreditas Pupilli deferenda esset eo tempore, quo filius moritur adhuc viuente apud hostes Patre, sine dubio ex l. Cornelia non posset ex secundis tabulis deferri, nec dici posset secundas tabulas valere, ergò deferetur hæreditas ex ll. duodecim tabularum. At cum moritur pupillus, in pendenti est illius status propter fictionem postliminij, quia Pater adhuc viuens potest redire ab hostibus, ergò interim ignoratur an deferenda sit hæreditas filij, nec ne donec Pater moriatur. Patre verò mortuo eo momento, quo constat seruum mortuum illum esse, & sic spem cessare postliminij; eodem momento per l. Corneliam & testamentum paternum, & secundæ tabulę confirmantur, & ità potiùs ex secundis tabulis hæreditas pupilli defertur, quam ab intestato, cum sẽper. potior sit causa testati, quam intestati *d. l. quamdiu ff. de acq. hæred.* Et verò l. Corneliam in suspẽso manere propter fictionem postliminij constat manifestè. Pone. Pater ab hostibus captus est filio
15 relicto in Ciuitate, qui † Patre decedente apud hostes, & medio tempore quæsita sibi acquirit, & licet interim decedat, postea quandoque apud hostes Patre decedente, & paterfam. decessisse, & hæredes habuisse intelligitur *l. proponebatur §. vlt. ff. de Castr. pecul. l. pen. ff. de suis & legitt.* Pone. Postquam Pater captus est, & filius in Ciuitate bona quæsiuit, idem impubes & ipse capitur, & apud hostes viuo Patre decedit. Necesse est, vt lex Cornelia fingat hunc impuberem ea hora decessisse, qua captus est, vt eius hæreditas saltem legittima possit deferri, & acquiri legittimis hæredibus, si fortè Pater & ipse apud hostes decedat. Alioquì quid de bonis ipsis ad Pupillum hoc casu spectantibus agendum esset? Verum Lex Cornelia non potest id fingere ad effectum deferendę pupillaris hæreditatis, quia fieri posset, vt Pater adhuc viuens rediret, & sic intelligeretur impubes omni tempore in Ciuitate filiusfamilias fuisse. Quid ergo est? Propter spem postliminij in suspenso est fictio l. Corneliæ circa personam filij, an scilicet eo moriente finxerit lex Cornelia ea hora decessisse illum, qua captus est, an verò nihil finxerit si Pater & ipse postea decesserit apud hostes, intelligemus legem id finxisse, vel nunc fingere. Si redierit, fictioni locus non erit. Pone nunc. Pater in Ciuitate testamentum fecerat etiam Pupillo. Captus ab hostibus fuit; Ex interuallo captus etiam pupillus est, qui apud hostes postea decedit viuo Patre. Lex Cornelia propter spem postliminij nihil fingere potest circa

ea personam Pupilli quoad hæreditatem eiusdem, sed oportet expectare mortem Patris, qui si apud hostes decesserit fingetur ante filium decessisse, cum ante filium fuerit captus, & ideo confirmabuntur pupillares tabulę. Ergo interim lex Cornelia hęreditatem legittimam Pupilli deferre non potest propter spem postliminij, quod si futurum sit vt cesset, non alia ratione cessabit, quam quia postea apud hostes Pater decesserit, quo casu cum lex sit confirmatura testamentum paternum, & consequenter tabulas pupillares, videt legittimam filij hęreditatem nullo casu deferendam.

Non obstant iura in contrarium allata: Nam ideo in illis locis exprimitur Patrem priùs mortuum, quia quæritur an substituto ex morte filij possit hęreditas statim deferri, & de validitate secundarum tabularum disputatur ad hoc, vt possit substitutus ex illis admitti. Vt verò quęstioni sit locus, ponendum Patrem decessisse, Alioqui cum Pater posset redire, de secundis tabulis interim nihil posset tractari. Cum igitur de secundis tabulis quęrant Iureconsulti, omne aliud remouent impedimentum, & quæstionem proponunt in terminis, in quibus legi Cornelię locus esse possit, nec fictio L. Corneliæ sit in suspenso, quo casu inepte de effectu legis Corneliæ quæreretur, dum dubitaretur, an locum illa habere posset. Itaque posita fictione l. Cornelię, quę poni non potest nisi Patre mortuo, quęrunt Iureconsulti, an ea extendatur ad secundas tabulas, & ad Pupillarem substitutionem. Adde quę ad hanc rem dicimus in sequenti cap.

Ad §. 1. l. quod si filius, 11. ff. de Capt. & de Postlim. Cap. XLVI.

SVMMARIVM.

Proponitur quęstio, & responsio Papiniani. n. 1.
Scæuola videtur Papiniano contrarius. n. 2.
Antinomiam Doctores conciliant. n. 3.
Reprobatur conciliatio à Fabro. n. 4.
Faber contendit dissensisse Iurisconsultos. n. 5.
Subijcitur responsio ad d. Antinomiam. n. 6.
Additur alia responsio Glossę. n. 7.

1 IN † principio legis posuit Papinianus Patrem ab hostibus captum, deinde filium in Ciuitate decessisse. In hoc §. retento eodem themate Patrem scilicet prius ab hostibus captum, Quęrit quid si ambo decedant apud hostes, quia scilicet, & filius postea impubes capiatur, & ibi post Patrem decedat & respondet sufficere legem Corneliam substituto, non aliàs, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in Ciuitate decessisset. Ratio decisionis ea est, quia mortuo Patre l. Cornelia & eius testamentum confirmatur, quasi ea hora mortuus fuerit, qua captus est, & secundæ etiam tabulę. Cum verò postea moriatur filius, qui post Patrem est captus, licet videatur locus non esse legi Corneliæ, tamen ex mente eiusdem legis substitutus est admittendus l. pater §. 1. supra. ergò perindè ac si impubes postea in Ciuitate decessisset, substitutus & hoc casu admittetur. Ponit verò Papinianus Patrem prius decessisse, nō quod diuersus futurus esset iuris effectus, si filius ipse prædecessisset, sed quia hoc casu magis dubitari posset. Nam filio mortuo non posset dici ex secundis tabulis deferri hęreditatem, cum nondum paternum testamentum esset confirmatū, & fieri posset, vt Pater ab hostibus reuerteretur. Et licet & ipse Pater postea apud hostes decessisset, tamen dubitari posset, an lex Cornelia retro fingeret etiam filium ea hora mortuum qua captus fuit, & mortuum relictis secundis tabulis, cum imò tempore quo mortuus est, non potuerit dici tabulas se-

cundas reliquisse. Cum igitur ex arte sit in explicando gradatim procedere, & prius faciliora ponere, vt inde ad difficiliora liceat arguere, & inferre. Ideo Papinianus casum in facilioribus terminis proponit, videlicet, vt Pater apud hostes prior decesserit.

2 Difficultatem † maximam facit, quod aduersus Papinianum respondet Scæuola *in l. si Pater 29. ff. de vulg. & pupill.* vbi dicitur Patre ab hostibus capto, mox filio, quamuis Pater prior decedat, legem Corneliam non pertinere ad pupilli substitutionem, nisi fortè reuersus in Ciuitate impubes decedat, quia & si ambo in Ciuitate decessissent, veniret substitutus.

3 Doctores † vt hanc concilient antinomiam ea verba nostri §. *non aliàs quam si apud hostes Patre defuncto postea filius in Ciuitate decessisset*, ità interpretantur, vt negatiuè, non comparatiuè sint accipienda; vt sensus sit non aliter sufficere l. Corneliam substituto, quam si Patre defuncto apud hostes, postea filius in Ciuitate decesserit.

4 Hunc † intellectum reprobat Antonius Faber *lib. 2. coniect. cap. 7.* Sit verò si is sensus esset Papiniani, dicere Papinianus debuisset, *non alias quam si filius in ciuitate decessisset non decessisset.*

5 Ipso † Faber contendit dulensisse Iurisconsultos, quod quidem est verissimile, sed quantum fieri potest, non est admittendum.

6 Fateor † difficultatem hanc me superare non posse. Nisi fortè diceremus Scæuolam *in l. si Pater* asserere l. Corneliam non pertinere ad substitutum, quia cum lex locuta fuerit de his, qui testamenti factionem habebant, non potuit fingere circa personam Pupilli apud hostes mortui, qui testamenti factionem non habuit, quam quidem sententiam veram agnoscit ipse etiam Papinianus *in l. patris §. 1. supra.* Ceterum quia Papinianus considerat in hoc casu non deficere mentem legis, ideoque substituto vtiles actiones dandas *d. l. patris §. 1.* & quia ex lege dici potest quod ex sententia legis est *l. nominis §. 1. ff. de verb. Signif.* ideo in hoc §. 1. dicit legem Corneliam sufficere substituto, qua ratione etiam Iulianus *in l. lex Cornelia 28. §. 1. ff. de vulg. & pupill.* hereditatem pupilli capti, & apud hostes mortui dixit ex lege deferri. Non pugnat ergo Scæuola cum Papiniano, quoniam Scæuola locutus est inspectis verbis legis, cum quo eo respectu & Papinianus sentit. At Papinianus in hoc §. locutus est inspecta mente legis. Ea verò quę diuerso respectu dicuntur, licet pugnare videantur, contraria tamen non sunt. Sic videmus Papinianum ipsum affirmare non posse vsucapionem inchoari iacente hæreditate *l. fin. §. 1. ff. de vsucap.* qui tamen idem contrarium respondet *in l. iusto §. nondum ff. eod. tit.* Nempe contraria Papinianus non affirmat, nam *in l. fin. §. 1.* locutus est iuxtà regulas iuris at *in d. iusto §. nondum* de iure singulari.

7 Sanè † non omninò est improbabilis responsio Glossæ *in l. si pater ff. de vulgar.* quæ intelligit filium vna cum Patre captum, & verbum illud *mox* explicat incontinenti *argumento l. negotii §. 1. ff. de prescriptis verb. l. fin. §. 1. ff. de rescind. vend.* quo casu cum filiusfamilias impubes captus sit, etiamsi post Patrem apud hostes decedat non poterit habere heredem *l. lex Cornelia ff. de vulg.* Secus est in casu nostri §. in quo ponendum est prius Patrem ab hostibus captum. Negari rectè non potest, turbidam rem adhuc esse, & non sine ratione & Cuiacium, & Fabrum mouerit ad emendandum contextum *in d. l. si Pater 29. ff. de de vulgar. & Pupill. substitut.*

Explicatur l. Proculus 67. ff. de Iur. dot. Cap. XLVII.

SVMMARIVM.

NEmo potest sibi mutare causam possessionis. n. 1.
Mutatur tamen causa, si aliquid extrinsecus accedat. n. 2.
Dos sine matrimonio esse non potest. n. 3.
Matrimonium contrahitur inter Ciues Romanos. n. 4.

Matrimonium, si duret voluntas, inter eos esse incipit, qui non rectè contraxerunt, si sublatum sit impedimentum. n. 5. & in dotem data in dotem conuertuntur. n. 6.

Mulier quę rem alienam in dotem dedit soluto matrimonio eam repetit. n. 7.

Vsucapio pro dote non procedit cessante matrimonio. n. 8.

Condictio indebiti datur ad eam rem repetendam, quæ à possessore, & accipiente est vsucapta. n. 9.

Serui obligationem, & alia omnia iura dominis acquirunt. n. 10.

Causa pro iure, & rei conditione accipitur. n. 11.

Possessionem non mutare dicitur, qui dominium non mutat. n. 12.

Seruus non tenetur liber factus ex gestis in seruitute. n. 13. nisi connexa sint cum gestis post libertatem. n. 14.

Interdum actio pluribus ad eamdem rem competit; sed in concursu vnus potior est. n. 15.

Vsucapio pro donato, vel pro derelicto non procedit, nisi donatum sit, nisi sit habita res pro derelicto. n. 16.

Vsucapio procedit etiam sine titulo, dummodò iusta adsit erroris causa. n. 17.

Titulus pro suo concurrit cum alijs omnibus titulis. n. 18.

Vsucapio ex eo titulo procedit, ex quo possidere quis ex iusta erroris causa existimat. n. 19.

Seruus in possessione libertatis existens nec à domino possidetur, nec possessionem domino acquirit. n. 20.

In pari causa melior est conditio possidentis. n. 21.

Verba legis hæc sunt.

P*Roculus nepoti suo salutem. Ancilla quæ nupsit dotisque nomine pecuniam viro tradidit, siue sciat se ancillam esse, siue ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere. Eaque nihilominus mansit eius, cuius fuerat, antequam eo nomine viro traderetur, nisi fortè vsucapta est. Nec posteaquam apud eumdem virum libera facta est, eius pecuniæ causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem diuortio, aut dotis iure, aut per condictionem repetere rectè potest, sed is cuius pecunia est, rectè vindicat eam. Quod si vir eam pecuniam pro suo possidendo vsucepit, scilicet quia existimauit mulierem liberam esse, propius est vt existimem eum lucrifecisse; vtiquè si antequam matrimonium esse inciperet, vsucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia parauit, antequam ea dos fieret, itant nec possideat eam, nec dolo fecerit, quò minus eam possideret.*

DIfficilis textus iste iure merito videri potest, nam pręter dubitationes, quæ extrinsecus desumi possunt, secum ipse pugnare videtur, & contraria respondere.

Primò igitur dubitari potest de eo, quod Proculus rescripsit Ancillam, quæ viro pecuniam dedit dotis causa, etiamsi apud virum eumdem libera facta sit, eius pecuniæ causam mutare
1 non posse. Quamuis † enim certum sit neminem sibi possessionis causam mutare posse *l. 3. §. illud ff. de acquir. possess.*
2 tamen † id verum est nisi extrinsecus noua accedat causa *l. cum nemo C. eod. tit.* qua accedente possessionis causa mutatur *l. 2. §. fin. ff. pro emptor.* In proposito autem pecunia dotis causa à muliere tradita, ideò non potuit dotis fieri,
3 quod † ibi dos esse non possit vbi matrimonium non est *l. 3. ff. de Iur. dot.* matrimonium autem cum ancilla esse
4 non potest, vt potè † cum non nisi inter Ciues Romanos contrahatur *Instit.*
5 *tit. de Nuptijs in princ.* At † si mulier libera fiat apud virum, & duret voluntas manendi in eodem matrimonio, matrimonium inter ipsam & virum esse incipit *argumento l. minorem 4. l. si quis in Senatorio l. eos qui in patria ff. de ritu nupt.* ergò noua accedit causa ex qua pecunia data dotis fieri possit, & ex qua maritus incipere possit possidere. Itaque mulier apud virum libera facta pecuniæ traditę causam mutabit, non quidem sibi, quę non possidet, sed ipsi viro. Imò hoc ipsum respondetur in fine huius nostri contextus. Cum enim existimet Proculus virum pecuniam ab ancilla traditam pro suo possidendo vsucapere, & lucrifacere, id ità temperat, dummodò antequam matrimonium esse inciperet vsuceperit, quasi si postea vsuceperit, non ipse lucrifaciat, sed dotem

mulieri sit restituturus, quam sine dubio
ei, cuius fuerat, restituere non tenetur,
cum fuerit vsucapta, & idem est quod
paulò post subdit, idem futurum, si vir
aliquid ex ea pecunia parauit, antequam
ea dos fieret, nempè vt hoc casu lucrifa-
cturus sit, secùs si aliquid comparauit,
postquam ea pecunia dos facta est, vide-
licet postquam mulier libera effecta est;
6 tunc † enim coniunctione durante res
antea in dotem datæ, quę dotis fieri non
potuerũt, in dotẽ conuertuntur *l. si serua 39. ff. de iur. dot.* & sic causa possidẽdi ma-
rito mutatur, aut saltem noua accedit, cũ
antea nullam possidendi causam haberet.

Secundo loco. Si Ancilla apud eumdem
virum libera facta, pecunia ab ea data in-
cipit in dotem esse, falsum videri potest,
quod respondetur in hoc contextu facto
postea diuortio, aut dotis iure, aut per cõ-
dictionem ancillam prędictam iam liberã
effectam non posse pecuniã repetere. Nã
7 † quamuis mulier rem alienam in dotem
dederit etiam sciens, tamen soluto ma-
tri monio eamdem repetit. *l. si alienam ff. sol. matrim.* Imò hoc ipsum satis apertè
colligitur ex hoc eodem contextu, dum
Proculus monet ità demùm per vsuca-
pionem virum pecuniam lucrifacere, si
antequam matrimonium esse inciperet
vsuceperit; ergo, Si postquam matrimo-
nium esse cœpit, idest postquam ancilla
libera effecta est, vsuceperit, eidem resti-
tuere tenebitur, quia vt paulò antè dice-
bam, non alius actionem ad hanc pecu-
niam habere potest, cum dominus, cui
Proculus dabat rei vindicationem per
vsucapionem ab ea actione fuerit exclu-
sus. Quod si hoc casu mulier actionem
habet, nulla ratio afferri potest, cur &
non habeat illo casu, quo nondum res
est vsucapta, cum ad hoc vt actio mulie-
ri detur, nihil intersit domina sit mulier,
nec ne *d. l. si alienam ff. sol. matrim.*

Tertiò. Falsum videtur, quod suppõ-
nit Proculus virum possidendo posse vsu-
capere pecuniam dotis causa à muliere
8 traditam. Nam † imò ità demum pro-
cedere potest vsucapio pro dote si matri-
monium consistat, cessante verò matri-
monio, cessat vsucapio, cum dos nulla
sit; qua ratione si maritus putauerit ma-
trimonium esse cum verè non sit, non
vsucapiet, quia nulla dos est, vt respon-
detur *in l. 1. §. fin. ff. pro dote.* Ità ergò
non poterit vir pecuniam ab ancilla tra-
ditam, dum illa ancilla manet, & ante-
quam matrimonium esse incipiat, vsuca-
pere, & lucrifacere, vt Proculus respon-
det, cum interim cessante matrimonio
nulla dos sit.

Quartò falsum similiter videri potest,
quod Proculus sentit, virum eam pecu-
niam ab ancilla traditam possidendo, &
antequam matrimonium esse incipiat,
vsucapiendo lucrifacere. Quamuis enim
quantum ad mulierem attinet id conce-
di posse videatur, quoniam nullum ius,
nullam actionem ad eam pecuniam repe-
tendam acquirere potuit dum serua fuit.
Postquam verò libera est effecta, nihil
est quod dotis fieri possit, cum pecunia
iam tunc ea ancilla existente viro fuerit
quæsita. Tamen saltem negari non po-
terit actionem domino mulieris ad pe-
cuniam ipsam repetendam competere,
maximè si numquam mulier libera sit ef-
9 fecta. Constat † enim indebitè, & sine
causa solutum repeti, quamuis quod da-
tum fuit ab accipiente fuerit vsucaptum
l. indebiti 15. §. 1. ff. de condict. indeb. l. si alienam ff. de donat. caus. mort. Cum ve-
rò repetitio mulieri ipsi dari non possit,
10 dabitur saltem domino, cui † serui, &
obligationem, & actionẽ, & alia omnia,
quę sibi ipsis acquirere non possunt, legis
potestate acquirunt *§. item vobis acqui-
ritur Instit. tit. per quas person. cuiq. ac-
quir. & instit. tit. per quas person. nob. oblig. acquir.* Ceterum his resolutis & Procu-
li sententia apparebit, & iniuria Procu-
lum reprehendi constabit.

Animaduertendum igitur est ad re-
solutionem primi obiecti. Non dicere
Proculum muliere libera effecta posses-
sionis causam non mutari, sed ipsam
mulierem liberam effectam non mutare
causam pecuniæ. Sensus namque Pro-
culi est, vt sicuti ab initio ancilla non po-
tuit pecunię illius dominium in virum
transferre, sed illud apud eum, cuius pe-
cunia antea fuerat remansit, ità nec li-
beram effectam posse eiusdem dominiũ
ei auferre, qui dominus fuerat, sed etiam
solu-

soluto per diuortium matrimonio pecuniam ipsum vindicare, non valente ipsa muliere vel dotis iure, vel per condictionem pecuniam repetere. Quæ quidem sententia ex verbis ipsis se satis ostendit. Dixit ergò Proculus mulierem liberam effectam causam pecuniæ non mutare; idest conditionem & ius pecuniæ non
11 mutare, vt † eo sensu causa accipitur *in l. Titius 24. in fine ff. de præscr. verb.* Imò
12 † sicut interdum dicitur possessionem sibi non mutare illum qui dominium rem locando non acquirit *l. ad probationem 23. C. de locat.* ità & multò magis rectè Proculus dicere potuit causam pecuniæ mulierem non mutare, quæ dominium eius pecuniæ interuertere, & viri facere non potuit. Causam igitur pecuniæ mulier libera effecta non mutauit, si dominium inspiciamus; at si possessionem consideremus, nouã possidendi causam viro dedit, qui antea verè nulla ex causa possidebat. Proculus causam pecuniæ nõ mutari intelligit quoad dominiũ, & eius proprietatẽ, secùs verò quoad possessionem.

Validius videtur secundum obiectum. Cur enim mulier libera effecta, vel dotis iure, vel per condictionem pecuniam quam dedit repetere non poterit? fortè quia quam actionem ab initio quærere non potuit, quia fuit ancilla, libera effecta acquirere amplius non possit? Sed hæc ratio ex nostro hoc eodem contextu reijcitur. Nam si fortè vir, postquam cœpit esse matrimonium; idest postquam libera mulier effecta est, pecuniam vsuceperit, non lucrifacit, sed ipsi mulieri tenetur restituere, vt supra explicauimus, ergò mulier libera facta eam actionem incipit habere, quam ab initio non quæsiuit. Nec id mirum videri debet (licet notatu sit maximè dignum) quam-
13 uis † enim ex suo facto tempore seruitutis non debeat seruus postquam effectus liber est, conueniri *toto tit. C. An seruus ex suo facto* & multò minùs possit alios ex antea gestis ipse conuenire, quod obligationem, actionem, & ius omne domino quæsierit; tamen cum ex eo, quod libera mulier fit, incipiat pecunia dotis esse, & causa adsit, cur mulieri actio quæratur, nunc cum libera est actionem acquirit. Quinimò & condictionem ex traditione antea facta ei competere dicemus, quod actio ista ex possessione eius, qui accepit nascatur, quem æquum non est sine causa locupletari. *l. hac condictio ff. de condict. indeb.* possessio verò
14 in casu nostro apud virum durat. & † sicuti seruus ex gestis in seruitute conuenitur, quando ea connexa sunt cum his, quæ postquam liber effectus est, gessit. *l. si cognati C. de negoc. gestis.* Ità & ad repetendam eam rem actionem ancilla habebit iam libera effecta, cuius possessionem viro ipsa dedit, quam adhuc idẽ vir postquam libera ipsa effecta est, retinet. Ergò mulierem liberam factam diuortio secuto pecuniam & dotis iure, & per condictionem repetere posse dicendum est. Et quod negat Proculus mulierem his actionibus diuortio secuto rectè vti, non est intelligendum absolutè, sed ad casum restringendum est, de quo ipse Proculus sentit. Nempè si cum muliere concurrat ille, cuius pecunia fuerat, & in cuius dominio adhuc permanet, (supponitur enim à viro non esse vsucaptam) verum erit, quod dicit Proculus mulierem non rectè repetere, sed eum cuius pecunia est, rectè eam vindicare. In concursu enim licet & mulier agere possit, non tamen rectè agit, quia adest is, qui validiorem actionem habet,
15 & qui mulieri præferendus est, vt † contingit *in l. bona fides ff. deposit.* Ergò cum dixerit Proculus Ancillam pecuniæ dominium in virum non transferre, nec liberam factam dominium eius pecuniæ adimere ei posse, cuius antea fuerat, rectè infert, nec secuto diuortio dotis iure, vel per condictionem illam rectè pecuniam repetere, sed dominum ipsum pecuniam vindicare. Nempè dum mulierem considerat cum domino ipso pecuniæ de repetitione eiusdem pecuniæ contendente. Hoc enim casu, quem Proculus sibi proponit non rectè agit. Cæterum id non est absolutè accipiendum, prout nec nobis absolutè Proculus tradit; imò cessante concursu rectè mulier ipsa aget, sicuti cessante concursu etiam fur rem depositam rectè petit, & efficaciter repetit. *d. l. bona fides ff. deposit.*

Ad tertium obiectum respondeo non posse vsucapionem pro dote procedere
16 vbi nulla dos est; Sicuti † nec procedit vsucapio pro donato, vel pro derelicto, nisi donatum sit, nisi res habita sit pro derelicto *l. 1. ff. pro donato l. 6. ff. pro derelict.* & hæc regula non sine ratione recepta est, vt dicitur *in l. 1. in fin. ff. pro dot.* quomodo enim potest titulo pro dote vsucapere is, cui nulla dos est constituta? & qua ratione vsucapere pro donato is poterit, cui donatum non est? Ce-
17 terum † hæc regula suam habet limitationem: nempe regula non procedit, si iusta adsit erroris causa *l. quod vulgò ff. pro emptor. l. 4. ff. pro leg. l. fin. ff. pro suo* quæ quidem limitatio post multas varietates obtinuit, & recepta est *l. fin. ff. pro leg.* Quod ergò ex Cassio refert Vlpianus *in d. l. 1. §. fin. ff. pro dot.* maritum non vsucapere pro dote si matrimonium sibi putet esse, quod non est, vel intelligendum, si iustam causam nō habeat ità existimandi, vel ità accipiendum quasi dictum ex iuris rigore quod postea limitatum est stante iusta erroris causa. Et verò quod ipsi Iureconsulti ex iuris rigore dixerant forte posita iusta erroris causa limitauerant. Sicuti videmus Paulum asserere vsucapi pro donato non posse, quod donatum non est, licet opinemur donatum, item & non posse vsucapi pro legato, quod legatum credimus *l. 1. ff. pro donat. l. 2. ff. pro leg.* & tamen ipse idem hoc temperat, nisi iusta adsit erroris causa. *l. pro Legato 4. ff. pro legat.* In *d. l. 1. §. fin. ff. pro dote* relatū est dictum Cassij, quod mera iuris ratione attenta procedebat, & ideò inquit Vlpianus, eam sententiam habere rationem. Verum cum sciamus limitationem supradictam tandem obtinuisse, locus ille ex alijs limitandus est, nec dicemus pugnare cum nostra hac lege. Vlpianus enim Cassium referens secutus fuerat iuris rigorem. At Proculus, quoniam iustam causam habuerat vir errandi, cum mulier tamquam libera nupsisset, pecuniāque dedisset; cumque esset in casu limitationis, respondit virum vsucapere posse. Nec tamen existimandum est Proculum sensisse virum pro suo vsucapere, quasi pro dote non potuerit, vt in hoc casu diuersus sit titulus pro suo, à titulo pro dote. Nam imò titulus pro suo omni-
18 nò pendet à titulo pro dote, vt pote † qui cum omni alio titulo semper concurrit *l. 1. ff. pro suo.* Et si interrogaretur hoc casu vir, cur pro suo pecuniam possideret, non posset aliter respondere, nisi quia ea nomine dotis data esset. Et quamuis re vera pro dote videatur vsucapere non posse, qui dotem nullam ac-
19 cepit; tamen † placuit eum, qui iustam erroris causam habet, quasi ex eo titulo vsucapere, quem iusto errore sibi persuadet intercessisse, licet verè non intercesserit, vt intelligitur *ex l. quod vulgò ff. pro Emptor l. 4. ff. pro legato.*

Ad quartum animaduertendum responsum Proculi non absolutè ad omnē ancillam referendum, quę dotis nomine pecuniam viro daret, sed retinendum in casu, de quo apud Proculum agitur. Obseruandum enim est primò ancillam non dedisse in dotem pecuniam domini sui sed alienam pecuniam dedisse, cuius dominium ad extraneum pertinebat, vt colligitur ex contextu, in quo non obstante, quod mulier pecuniam viro dederit, dicitur illam eius manere cuius antea fuerat, & paulò post dicitur, eum, cuius pecunia est, eam vindicare. Si enim pecunia domini fuisset, vel peculiaris, diceretur domini manere, & diceretur dominum vindicare, & repetere, vt vbique dicere solent Iurisconsulti, quoties agunt de pecunia dominica, vel peculiari. Pręterea obseruandum est Proculum de ea ancilla respondisse, quę tamquā libera nupsit, itaque de ea, quæ se pro libera gerebat, & in possessione liberta-
20 tis erat, quæ † quidem rerum, quas corporaliter tenet possessionem domino non acquirit *l. 3. §. si seruus l. per eum §. 1. ff. de acquir. possess.* Textus namque inscribitur. *Proculus lib. 7. epistolarum.* Respondet ergò Proculus ad casum sibi propositum; Itaque ipsius responsum ad casum illū restringendum, non generaliter intelligendum. Benè autem respondit virum pecuniam sibi ab ancilla traditam pro suo possidendo, & antequam matrimonium esse inciperet vsucapiendo, lucrifacere, quoniam cum eius rei

nec

nec dominium, nec possessio ad dominum mulieris pertineret, non potuit eius rei nomine dominus nec realem, nec personalem actionem habere, & per ancillam acquirere. Non quidem realem deficiente dominio, nec etiam personalem, idest indebiti, vel aliam similem condictionem, quod sine causa maritus pecuniam possideret: quoniam condictiones istæ ex bono, & æquo inductę sunt, & ex naturali æquitate dijudicantur, nè cum alterius iactura alter, quod possidet, locupletetur, vt diximus supra *cap. 36. n. 8. 9.* hoc lib. 2. At verò nulla æquitas est, vt domino ad eam rem detur repetitio, cuius dominium, nec possessionem vnquam habuit, & longè æquius est, vt res illa apud possessorem maneat, vt potè qui per vsum eam acquisiuit, &
21 † cuius conditio etiam in pari causa melior esse deberet *l. in pari 38. ff. de Regul. iur.* Consequens igitur est, vt, cum dominus ipse agere non possit, nec vlla actio competat ancillę, quę cuiusque iuris incapax est, vir pecuniam, quam vsucepit, lucrifaciat.

Cur pœna ipso iure committatur in l. qui Romę 122. §. cohæredes ff. de verb. oblig. Cap. XLVIII.

SVMMARIVM.

Proponitur facti species, de qua in textu. n. 1.
Exceptio supponit actionem. n. 2.
Conditio habetur pro impleta, si stet per eum, cuius interest, quò minus impleatur. n. 3.
Ratio decisionis redditur. n. 4.
Inducta iure speciali non extenduntur. n. 5.
Explicatur l. Celsus §. fin. ff. de recept. Arbitr. n. 6.

1 PRoponuntur † in hoc contextu duo hæredes instituti, qui adita hereditate prędia omnia hereditaria diuiserunt, excepto vno, quod commune reliquerunt, sub hoc tamen pacto, vt si quis eorum partem suam alienare vellet, eam cohæredi suo vel eius successori venderet centum viginti quinque; quod si quis aliter fecisset, pœnam centum inuicem stipulati sunt. Vnus ex his decessit liberis relictis. Alter superstes cum vendere partem suam desideraret, denunciauit tutoribus liberorum cohæredis in pupillari ętate existentium, vt vel emerent iuxta conuentionem, vel si mallent, ipsi venderent, quia scilicet ipse nolebat amplius in communione permanere. Itaquè eam conditionem illis deferebat, vt venderent si mallent, vt facilius illis esset alterutrum implere, non quod ex conuentione ad id teneretur. Tutores interpellati nihil fecerunt, Itaquè cohæres partem suam vendidit extraneo. Quærit I. C. an Tutores nomine pupillorum suorum pœnam centum exigere possint. Respondet obstaturam doli exceptionem. Ex quo re-
2 sponso (cum † exceptio non detur nisi aduersus intentatam actionem *l. 2. ff. de except. Instit. tit. de except. in princ.*) intelligitur ipso iure pœnam peti posse, sed agentem exceptione repelli.

Qua tamen de re merito dubitari potest, cum enim cohæres, qui partem prędij vendidit, Tutoribus Pupillorum denunciauerit, vt emerent, & per illos steterit, quò minus pupillis venderit, perinde haberi debet, ac si ipsis pupillis cohæredis sui successoribus vendidisset. In omnibus enim causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quò minus fiat *l. in omnibus 39. ff. de Reg. iur.* & certum est, si per eum est, cuius interest, quò minus conditio impleatur, eam haberi pro impleta *l. in executione §. fin. ff. de verb. oblig. l. iure ciuili ff. de cõd. & dem. l. in iure ciuili ff. de reg. iur. l. 3. ff. de cond. instit.* & quidem ita, vt ipso iure effectum habeat dispositio *d. l. 3. ff. de cond. instit. l. in executione §. fin. ff. de verb. oblig. l. Titius 14. l. cum pupillus 78. ff. de cond. & dem. cum multis similibus, quę passim occurrunt.* Si igitur perinde habendum est, ac si cohęres partem suam prędij Pupillis vendidisset, non poterit dici, eum conuentioni contrauenisse, & aliter fecisse, quam fuerat conuentum. Ergò ipso iure non committetur stipulatio pœnalis. Quam difficultatem viderunt Alex. Ias. & cęteri Doctores ad hunc §. tollere tamen non potue-

tuerunt; quę enim ad resolutionem afferunt omninò sunt inepta, & nullam habent iuris rationem.

4 Ratio † tamen facillima est, ad quam mirum est Doctores non animaduertisse, namque regulę illę omnes locum habent quoties conditio stipulationis, vel alterius dispositionis defecta est ex alieno facto, quo casu conditio defecta pro impleta habetur. At nos versamur in eo casu, in quo conditio pœnalis stipulationis impleta est, & volumus haberi pro defecta, vt ex stipulatione ipso iure agi non possit. Illud iure speciali inductum est. Hoc nullibi legimus constitutum. Et quod est constitutum, vt effectum habere possit dispositio, extendere non debemus ad casum contrarium, vt dispositio
5 infirmetur, maximè † quia in his, quę contrà communem rationem iure speciali sunt inducta, non est licita extensio. *vulg. l. quod vero ff. de legib. l. quod contrà ff. de Reg. iur.* Qua propter *in l. 1. §. si reus ff. de eo per quem fact. erit* si reus per stipulationem promiserit sistere se in iudicio sub pœna, & dolo actoris non steterit, quia impleta conditio est stipulationis pœnalis, ipso iure ex stipulatione conuenitur, sed exceptione defenditur, prout in casu nostro, non debet enim cuique dolus suus & mora, ad actionem cum effectu consequendam prodesse. *argumēto l. eū qui 14. §. is autem ff. de furtis.*

6 Obstare † tamen aduersus ista videtur *l. Celsus 25. §. fin. ff. de recept. arbitr.* vbi si Arbiter me tibi certa die pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, dicitur ipso iure pœnam non committi, & tamen hoc casu impleta verè est conditio, quæ pro defecta habetur, cum ipso iure stipulatio pœnalis non committatur.

Vera responsio hæc est. Quoties quis ab Arbitro aliquid dare iubetur, intelligitur ex mente arbitri sententiæ parere, si quantum in se est id præstet, quod pręstare iussus est *d. l. Celsus §. idem ait pen. ff. de recept. arbitr.* Hoc enim casu Arbitrum contemnere dici non potest, qui quantum in se est facit, vt eius sententiæ pareatur. Dum itaque in compromissis stipulatio pœnalis apponitur, ea non tam ex verbis contrahentium, quam ex mente Arbitri interpretationem accipere debet, cum ità demùm pœnam deberi velint contrahentes, si Arbitri sententiæ paritum non sit. Sicuti igitur ex mente Arbitri sententiæ paritum intelligitur, quando condemnatus, quantum in se est, id fecit, vt pareret: Ità tunc è conuerso non paritum dicetur, quando, quantum in se fuit, condemnatus non paruit. Conditio ergò illa si sententiæ paritum non sit, non est impleta, si quomodocunque paritum non sit, sed ità demùm si quantum in se est condemnatus non paruerit. Si ergò id fecerit, quod potuit, vt pareret, conditione non impleta, ipso iure pœnalis stipulatio non committitur.

De Ratione l. non dubium 14. ff. de Leg. 3. Cap. IL.

SVMMARIVM.

SI fuerit extraneo legatum, si mulier non nupserit, impleri conditionem oportet. n. 1.
Edictum de leg. prestandis locum non habet, si excepta persona sit relictum, vt restituat extero. n. 2. è conuersò locum habet, si relictum sit extero, vt exceptę personę restituat. n. 3.
Dote extraneo relicta, vt mulieri restituatur falcidiam heres non detrahit. n. 4.
Ratio textus explicatur. n. 5.
Conditiones, quę in non faciendo consistunt implentur morte. n. 6.
Legatum sub conditione, si legatarius non fecerit, videtur relictum cum ipse morietur. n. 7.
Pro legato dato sub conditione non faciendi, quę nonnisi morte legatarij impleri potest adinuentio Mutiana cautio est. n. 8.
Explicatur l. quoties ff. de cond. & dem. n. 9.
Explicatur l. si quis Titio ff. quibus ex causis maior. n. 10.

LEgauit quis vxori fundum, si non nupserit, eamque rogauit, vt eumdem fundum alteri restitueret. Mulier nupsit, & fundum est consecuta. Dicitur tamen cogendam restituere.

Videtur reprehendi posse hęc decisio ex eo, quia cum mulieri ità legatum sit, vt alteri rem legatam restituat, ità vt nullum

lum emolumētum ex legato mulier ipsa sit perceptura, sed omnis legati vtilitas sit ad fideicommissarium peruentura, perinde de hoc legato iudicādum est, ac si mulieris persona non inspecta, recta via illi
1 extraneo legatum esset. At † si extraneo legatum esset, illa conditio, si mulier non nupserit, esset omnino implenda, alioqui legatum ei non deberetur *l. 1. C. de indict. vidüit. toll. l. mulieri & Titio ff. de cond. & dem.* ergò etiam in casu nostro extraneo fideicommissum nō debebitur, cum muliere nubente defecta sit conditio: nec debet extraneo priuilegium mulieris prodesse, cum illud mulieri sit tributum, vt sibi, non vt alijs profit. Sic enim è contra videmus si extraneo legatum sit sub conditione *si mulier non nupserit*, & is mulieri rogatus sit restituere, non inspecta persona extranei, conditionem pro non adiecta haberi, & posse mulierem nubentem fideicommissum petere *l. auia §. Titio ff. de cond. & dem.* quia scilicet eius legati emolumentum mulieris futurum est, non extranei. Et regulare est, vt beneficiū alicui concessū ita demū ei tribuatur, si eius commodo cedat, nō inspecta media persona. Ideò edictum de legatis præstandis, quo certis personis prospectum est, quibus legata Prętor seruauit, ità demum locum habet, si emolumētum legati ad certas illas personas sit peruenturum, eo nō inspecto, cui legatum Testator dederit.
2 Ideoque † si alicui ex dictis personis relictum sit, vt extero restituat, legatum pręstandum non est *l. 3. §. si quis ex his ff. de*
3 *leg. pręst.* E contrà verò † si extero legatū sit, rogatusq; is sit restituere alicui ex liberis, parentibusve legatū extero præstabi-
4 tur. *d. l. 3. §. sed si proponas.* Hac † ratione si dos extraneo sit relicta vxori restituēda, non attenta persona extranei, perindè ac si vxori relictum esset falcidia non detrahitur *l. cum dotem ff. ad l. falc.* Alia exēpla desumi possunt à Cuiacio *ad l. 2. §. idem quęrit. ff. de dot. præleg.* Quibus consequēs videri potest, mulierem nubendo id legatum non acquirere, quod in effectu ei relictum nō est, vt cum nullus eius fauor sit, conditio non sit detrahenda. Difficultatem hanc meo iudicio grauissimam Doctores, quos vidi nec mouent.
5 Existimo † in casu proposito mulierē nubentem legatum consequi, & fauore mulieris conditionem *si non nupserit* pro non adiecta haberi. Quod ità procedit,
6 quoniam mulieri cum datum sit legatū *si non nupserit*, quę conditio † non nisi moriente ipsa muliere nullo cōtracto matrimonio impleri potest *§. sub cōditione Inst. tit. de verb. obl.* fideicommissum similiter ab ea videtur relictū, cū ipsa morietur, vt
7 † probatur *ex l. cū tale §. Mevius ff. de cōd. & dem.*, vbi si quis Męuię, si non nupserit, cum ea morietur leg. uerit, ei nubenti confestim legatum debetur. Quāuis enim & conditio, & dies ei legato adiecta videantur, vt detracta illicita conditione, videatur dicendum diem manere, quæ mulieri non detrahitur *d. §. Mauia* tamen quia illo casu dies pars est conditionis, & in consequentiā cōditionis venit: quoniā ideò testator Męuię legauit, cū ea moreretur, quia sciuit conditionē *si non nupserit* vt potè in facto consistentē, nō posse nisi illa moriente impleri. Idcirco sublata cōditione dies etiā corruit prout cōtingit
8 et à *in l. in illa ff. de verb. obl.* Quoniā † verò posset mulier pręter voluntatē testatoris in casu nostro legis beneficio efficere, vt legatū repręsentaretur mutianā præstando cautionem *l. mutianæ 7. l. is cui ff. de cond. & dem.* quę cautio ipsi mulieri prodesset, vt interim dum viueret legatū consequeretur, eoq; frueretur, quia mulier non ex voluntate testatoris, sed legis beneficio illud em...ntū perciperet: non autem fideicōmissū ea cautio repręsentaret, quod ex voluntate dūtaxat Testatoris pręstandum est à muliere cū morietur. Idem mulier consequetur etiam cautione non pręstita, nè si fortè nō aliter emolumentum illud consequi posset, quā cautione præstita ad cauendū induceretur, & sic à nuptijs abstineret aduersus sententiā legis. Eadē tamen cū morietur ex voluntate testatoris restituet legatū fideicōmissario. Nā ex voluntate testatoris ea ipsa, quo casu nuptijs non cōtractis legatū cōsequeretur, legatū fuit restitutura. Igitur prodesse ei legis beneficiū nō debet ad fideicōmissariū excludēdum, & quod cōtra testatoris volūtatē sit admissā. Nec fideicōmissario debet nocere defectam conditionem, quæ fauore mulie-

 ris

ris detracta est, & quæ alioqui fuisset implenda. Itaque quamuis nupserit, tamen cogenda est mulier restituere, quod tamen intelligendum, non vt statim cogatur restituere cum nupserit, sed vt sua die vel ipsa vel eius hęres cogatur, nempè cū mulier morietur quo die fideicommissum ex voluntate testatoris datū est.

9 Ex dictis † constat non obstare *l. quoties ff. de cond. & dem.* vbi si mulieri datū sit legatum si non nupserit, & eadem, si nupserit legatum iussa sit restituere, tamē quamuis nupserit legatum restituere nō cogitur. Nā lōgè diuersa est species huius legis, in qua in pœnam nuptiarum fideicommissum datum est expresè in casum si nupserit, quod mulier non præstaret, si testatori pareret, & à nuptijs abstineret. At in casu *l. non dubium* quamuis mulier paruerit, & non nupserit, tamen voluit testator fideicō missum præstari, vt onus fideicommissi non possit illam à nubendo remouere, quod etiamsi nuptijs abstinuerit ex voluntate testatoris est pręstitura.

10 Potest † etiam ex dictis explicari textus *in l. si quis titio ff. ex quib. caus. maior* vbi si relictum quid sit Titio sub conditione, si in Italia erit, & quod abfuerit causa Reipublicæ, non impleta conditione, legatum amiserit. Si restituatur ex edicto, debet illud restituere, prout grauatus fuit à testatore: vt videatur hoc casu beneficium edicti non ipsi restituto, sed fideicommissario prodesse aduersus ea, quæ supra diximus. Nam intelligendus ita textus est, vt eius intersit restitui, qui Reipublicæ causa abfuit, quod aliquod emolumentum amiserit, videlicet quia non totum, quod ei relictum fuerat rogatus fuerit restituere sed partem; quem intellectum sine aliqua vi textus recipit, & exemplum comprobat, quod subijcitur de milite hærede instituto, cui hæreditas restituitur saluis legatis, & fideicōmissis, Nam sicut Miles legata soluit, & fideicommissa, hæreditatem autem retinet, ità intelligendum & legatarium non vniuersum restituere rogatum, sed aliquod ex legato emolumentum retinere. Alioqui edictum illud, eiusque edicti beneficium ei competere non posset, qui læsus non esset, & cui quid non abesset *l. 1. ff. eod. tit. quib. ex caus. maior.*

Nec recipienda est interpretatio Antonij Fabri *ad d. l. si quis Titio in rational.* ideo competere ei qui abfuit beneficium edicti, quia eius interest acquirere beneficij debitorē *l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt.* & quod venale illud beneficium restitutionis esse possit *argumento l. filium § 20. vers. erit ergò venale ff. de leg. præst.* Nam ex restitutione non debet qui abfuit lucrum consequi, sed edictum pi opositū est, vt indemnis cōseruetur, qui restituitur *d. l. 1.* nō vt eius melior fiat conditio, quam si Reipublicæ causa numquam abfuisset, vt ipse idem Faber ibidem fatetur. Causę verò, cur eius interfuerit, qui abfuit, quas Faber cōsiderat, ex ipsa restitutione emanarent, si is, qui abfuit restitueretur. Sed prius est, vt quis ex eo quod abfuerit læsus sit, quàm vt restitui possit, & cessante lęsione cessat restitutio Ergo si cesset Læsio, nullum potest emolumentum considerari, quod ex restitutione esset, prout illud est, quod si restitutio daretur ei qui abfuit, acquireret ille beneficij debitorem, nempe ipsum fideicōmissarium, & quod venale esse posset hoc beneficium, posset enim is qui abfuit cum ipso fideicommissario paciscì, & preciū suæ restitutionis consequi. At quia si id totum quod ei, qui abfuit relictum est, fuit ipse restituturus statim, nullum emolumentum fuit habiturus, quamuis in Italia mansisset; ideo eius non interest legatum amisisse: consequenter nec restitutionem ex edicto petere potest.

Quid sit Dominium. Quid proprietas. Cap. L.

SVMMARIVM.

Dominij definitio, quam tradit Bart. refertur, & reprobatur. n. 1. & seq.
Dominus interdū rē suā vindicare no potest n. 2.
Non potest conuētione effici, nè quis rē suā possit alienare, vel alio modo de ea disponere. n. 3.
Domini sunt, qui de re sua ad libitum disponere non possunt n. 4.
Dominium non solum est rerum corporalium, sed & incorporalium. n. 5.
Vsusfructus cedi non potest. n. 6.
Seruitutum natura est, vt dominus aliquid patiatur, vel non faciat. n. 7.

Bono-

Bonorum possessores pro dominis habentur à Prętore. n. 8.
Baldi definitio refertur, & reprobatur. n. 9. & seq.
Vsusfructus est ius vtendi, & fruendi salua rei substantia. n. 10.
Refertur alia Baldi definitio, & reijcitur. n. 11.
Alię definitiones referuntur, & reprobātur. n. 12.
Res sua nemini seruit. n. 13.
Dominium Iurisconsulti pro proprietate dixerunt. n. 14.
Proprietas cum dicitur absolutè, intelligitur cū omni rei emolumento coniuncta. n. 15.
Proprietas alia plena est, alia nuda. n. 16.
Dominium proprietatis rectè dicitur. n. 17.
Dominij affertur definitio. n. 18.
Seruitus qualitas est prædiorum. n. 19.
Dominium est vsusfructus, seruitutum, actionum, & possessionis. n. 20.
Qui vsumfructum habet ex fideicommisso, possessionem habet vsusfructus. n. 21.
Fideicommissum erat de Iure prætorio. n. 22.
Dominus dicitur, qui pro tali à Prætore habetur, & defenditur. n. 23.
Aliud est res, aliud ius in re constitutum. n. 24.
Proprietas definitur. n. 25.
Proprietas interdum ad iura transfertur. n. 26.
Ius Prętorium propriè ius non est. n. 27.
Propter publicam vtilitatem in res priuatorum iure publico potestas est. n. 28.
Iure priuato Respublica in res priuatorum nullum ius, nullam potestatem habet. n. 29.
Res communis qua ratione plurium sit. n. 30.
Duo eiusdem rei insolidum domini esse non possunt. n. 31.
Res à iuribus distinxit Vlpianus. n. 32.

LIbet in hoc vltimo capite præter institutum inquirere, quid dominium sit, quid proprietas.

Dominij definitionem cum in iure nō habeamus quisque eam pro suo captu sibi effinxit, nulla tamen adhuc tradita est, quę non reprehendatur.

1 Bartolus † definit dominium ità, vt sit *Ius de re corporali perfectè disponendi, nisi si quis lege prohibeatur.* quam quidem definitionē assignat *in l. si quis vi §. 1. ff. de acquir. poss.* Hanc definitionem quasi mancā alij in hunc modum supplendam existimant; vt dominium sit *ius de re corporali disponendi, & vindicandi, si copiam non habeas, nisi lege, vel conuentione prohibearis.* Verū quæque addita sunt vitiosa sunt. In primis enim necessarium nō est addere verba illa *vindicandi, si copiam non habeas.* Nā & si quis rei copiam non habeat, tamen non minus verum est habere ius disponendi. Dominium ex communi sententia & eorū, qui suprascriptam asserūt definitionē, in iure consistit. Licet de facto forsitan de re sua disponere dominus non possit, quod copiam rei non habeat, non tamen ideo desinit ius disponēdi habere, nec dominus esse desinit, qui rei suę facultatem non habet. Vt interim omittam
2 dominum † si copiam rei non habeat, ius
vindicandi tamen interdum non habere, vt patet *ex l. 1 ff si ager vect.* Rursus & illud ineptū est, quod additur de conuētione, quasi possit cōuentio efficere, vt dominus rem suam alienare non possit de eaq;
3 disponere, quod † tamē est falsū *l. pen. ff de*
pact. l si quis 135. §. ea Lege ff. de verb. obl.

Alij eandē Bartoli definitionē damnāt ex eo quod excludat res incorporeas, quas tamen in dominio esse non dubitāt.

Sunt etiam qui vitiosam eam definitio-
4 nem dicant, quia aliqui † inueniuntur do-
mini, qui de rebus suis disponere liberè nō possunt *l his verbis § interdū ff. de hered. instit. Inst tit. quib. licet alien. vel non.* Sed iniusta reprehensio est, quę ex illis verbis definitionis excluditur, quę Bartolus addidit, *nisi si quis lege prohibeatur.*

Ego vt dicā quod sentio vitiosā existimo definitionem, & ad dominij substantiam intelligendā non satis accomodatā.

Primò quia vt alij etiam animaduer-
5 tunt, dominium † non solum est rerum
corporaliū, sed & incorporalium *l. 3. ff. si vsusfr. pet. l. 4 ff. de vsufr. l in venditione 8. ff. de reb. auth. iud. poss. l. semper §. hoc interdicto vers. ergò nonnunquam ff. quod vi aut clam. cū aliqs simil.* Et quamuis verbum illud *corporali* quod est in definitione Bartoli, detraheretur, non tamen conualesceret definitio. Nam si ea definitio comprehenderet tam res corporeas, quā incorporeas, adhuc vitiosa esset. Nam admitti non posset dominium rerum incorporalium esse ius perfectè disponendi. De vsufructu enim (E G.) non potest
6 quis libere disponere, cum † illud cedi
non possit. *§. finitur. Instit. tit. de vsufr.*

Secundò quod vulgò non animaduertitur, & quod vitium insanabile est. Dominium non consistit in iure disponendi; sępe enim quis dominus est, & tamen de re sua vt vult, disponere non potest. Idque toties contingit, quoties quis fundi dominus est, vel rei, in qua alteri ius aliquod est constitutum, nam ratione eius iuris, nec de ipso fundo (non dico de iure illo constituto) disponere potest, vt exemplum desumi potest *ex d. l. 1. ff. si ager vectigal.* & patet ex omnibus seruitutibus constitutis in fundo vel alia re, quarum ratione non potest dominus re sua vti, vt vult, vt potest quisque singil-
7 latim considerare. Nam † generaliter dicitur eam esse seruitutum naturam, vt dominus vel aliquid patiatur, vel non faciat. *l. quoties §. fin. ff. de seruit.*

Tertiò addi fortè non malè potest aliquos esse, qui de re disponere possunt vt domini, qui tamen domini non sunt,
8 prout † hi sunt qui à Prætore pro dominis habentur, veluti bonorum possessores qui domini verè non sunt *§. quos autē Instit. de Bon. poss. iuncto §. fin Inst. de hered. qualit. & differ.* Sed in hoc nō insisto.

9 Baldus † . . . . . . dominium definit vt sit, *ius quo res nostra est*. Quam definitionem aliqui reprehendunt, quod dominium non tam sit ius, quo quid nostrum est, quam id quod nostrum per aliquem acquirendi modum factum est. Alioqui, dicunt, isti modi dominij acquirendi essent dominij species.

Cęterum reprehendendi cupiditatem detegunt isti magis quam necessitatē. Nā dominium non est id quod nostrum est; alioqui dominium esset fundus, esset vestis, & aliud quodcumque nostrum est. Dominium ex mente Doctorum potius est ipsum nostrum esse. Cæterum ex eo quod dominium sit ius, quo res nostra est, non sequitur dominij acquirendi modos esse dominij species; Nam illi modi non sunt ius, sunt enim modi dominij acquirendi, vt plurimum facti, & ex factis illis oritur ius, quo res nostra est, videlicet dominium. Quod si ex lege, quæ iuris est, vel alio iure dominium acquiratur, non tamen ideo sequitur dominium iuris non esse: Alioqui Iure nullum ius nobis tribui posset. Si autem conceditur dominium ius esse, rectè dicetur ius quo res nostra est. Nam immediatè ex iure dominij nostra res est. Potius Baldum reprehenderem, quod cum ipse (prout & alij omnes Doctores) intendat plenam proprietatem definire; ex ea definitione non intelligo definitum. Nam dum quæro quodnam ius illud sit, quod habeo in fundo, cuius dominus sum, quid sit illud dominium, non satis apertè mihi respondetur, ius esse quo res mea est. Scio meam esse, ignoro tamen, quid sit istud meū esse. Dum ergo dicitur dominiū esse ius, quo res nostra est, adhuc definiendum est, quid sit nostrum esse, alioqui substantiā dominij non intelligimus.

Secundò si hæc definitio comprehendat res incorporales, idem erit dominium, & ius quod nostrum est. Ex. gratia, Vsusfructus sum dominus, quia ius habeo vtendi fruendi ergo ius hoc, quod habeo efficit vsumfructū meum esse, ergo ius quo vsusfructus meus est, est ipse-
10 met vsusfructus, qui † definitur ius vtendi fruendi salua rerum substantia *§. 1. Instit. tit. de vsufr.* & tamen diuersum debet esse dominium à re, cuius dominium habemus.

11 Idem Baldus † *in l. fœmina §. illud C. de secund. nupt.* aliam definitionem tradit, quam dicit se à Domino Papa interrogatum assignare, nempè vt sit *plena proprietas cum alienandi licentia*. Sed hęc quoque definitio vitiosa est; Nam dominium terminus magis latus est, quā proprietas *l. dominium proprietatis C. de probat. l. si ità legatus §. dominus proprietatis ff. de vsu & habit.* & præterea domini sunt, qui alienandi potestatem non habent. *Inst. tit. quib. alien. lic. vel non.*

12 Alij † dominium definiunt *ius in re sua* Verùm cum non possit quis in re sua ius
13 habere, res † enim sua nemini seruit *l. vti frui 5. ff. si vsufr. pet. l. in re communi 26. ff. de seruit. vrb praed.* Vsusfructus autem, & seruitutum sit dominium. Aliqui omittunt illud verbum *sua* & dominium definiunt *Ius in re*. Verum ità dominio definito iura omnia, quæ in re sunt essent dominij species, & idem esset dominium, & id cuius dominium est.

Re-

Recentiores plerique dicunt dominium esse *ius re corporali non tantum vtendi sed abutendi, & alienandi vindicandique quatenus iure permittitur*. Cæterum & hæc definitio excludit res incorporeas, quę tamen & ipsę sunt in dominio, vt supra diximus. Deindè hęc definitio & illos complectitur, qui ius in re habent, cuius rei domini non sunt. Nam & hi ratione iuris quod habent possunt re vti, abuti, & cætera facere, quatenus iure permittitur.

Alias definitiones, quę ferè in allatas incidunt, refert, & reprobat Valentinus Forsterus de Acquirend. dom. .... qui tandem suam affert, & dominium definit. *ius patrimonij rei dominandi*. Ius Patrimonij dicit, vt ostendat loqui se non de dominatione publica, vel iure, imperioque magistratus, sed de dominio rerum priuatarum. Dicit dominandi *ex l. in re mandata C. mandat.*

Ve[...] hæc definitio meo iudicio omniũ imperfectissima est, cum idem per idem definiat. Quid enim illud est dominari?

Ego veram, & irreprehensibilem ex dialecticis regulis dominij definitionẽ assignare nec spero, nec cõcedo. Id suscipio tentandum, an aliquid certius ad dominij essentiam intelligendam possim afferre.

Quod vt præstem. In primis animaduerto Doctores omnes dominium accepisse pro ipso iure, quod rem nostram facit, & pro ipsa potestate, quam ratione eius iuris in rem habemus. In quo an benè senserint valdè dubito. Quamuis 14 † enim sæpè eo sensu dominium acceperint veteres Iureconsulti *vt in Rubr. ff. de Acquir. rer. dom. l. traditio §. fin. ff. eod. tit.* & quoties dixerunt dominium transferri, vel adjci *l. traditionibus C. de Pact. l. traditio in princ. & §. 1. l. numquam nuda ff. de acquir. rerum dom. & passim. l. 3. ff. de vsucapion.* tamen perpetuò in his, & alijs similibus innumeris locis dominium dixerunt pro proprietate; quod etiam interdum declararunt, vt *in l. si procurator ff. de Acquir. rer. dom.* in illis verbis *dominium mihi, idest proprietas acquiritur*. Verè enim si propriè loqui velimus, potestas illa, quam in rem corporalem habemus, proprietas vocatur *l. vti frui 5. ff. si vsusfruct. pet. l. adeo quidem §. ex diuerso l. qua ratione §. item si quis merces §. hoc amplius l. acquiruntur §. non solum §. de his autem seruis l. si procurator §. 1. l. cum in corpus l. per seruum 37. §. fructuarius l. seruus 43. §. cum seruus ff. de acquir. rer. dom.* Neque enim verum est, quod communiter Doctores sentiunt dominium in eo à proprietate differre, quod dominium plenum sit ius in re, proprietas verò sit ius ab vsufructu separatum. Nam imò proprietas est ipsum ius plenum, nisi fortè fuerit ex constitutione alicuius iuris in re deminuta. 15 Quoties † enim proprietatem dicimus, potestatem in re cum omni emolumento coniunctam intelligimus, & euidenter conuincitur *ex l. si proprietas 9. de V sufr. accresc. & l. Sempronius 26. § fin ff. de vsu & vsufr. leg.* Si enim proprietas alij, alij vsusfructus legetur, non totus vsusfructus intelligitur legatus Secundo; sed & ei pars vsusfructus debetur, cui proprietas est legata: ergò appellatione proprietatis venit plena proprietas, & propriè: Alioquì cum nominatim, & distinctè proprietatem alij, alij vsumfructum Testator legauerit, deberet is, qui proprietatis legatum meruit nudam habere proprietatem. Ex quibus textibus explicanda, & interpretanda est *l. si tibi 4. ff. de vsufruct. accresc.* vt intelligatur in casu huius legis expressè nuda proprietas, & deducto vsufructu legata, vt Glossa supplet, & Iacobus Cuiacius ad eam legem.

16 Cõfirmatur † quod intendimus quoniã proprietas alia dicitur plena, alia nuda *l. 2. ff. quibus mod. vsusfr. amitt. §. 1. Inst. tit. de vsufr. l si alij l. Sempronius 26. ff. de vsu & vsufr. leg l si proprietas 4. l. cũ in fundo in princ. ff. de iur. dot.* ergo, etiam quando plena est, proprietas est, alioquì non proprietas, sed dominium diceretur: Et cum proprietatis duæ sint species plena, & nuda, oportet propriè vtramque esse sub suo genere, & æquè propriè.

Cum igitur proprietas illa sit, quam qui habet plenam rei potestatem, plenum ius habet. Necesse est dominium quid aliud esse, cum dominium à proprietate differat. 17 Passim enim † Iureconsulti dominos nos dicunt proprietatis, & pro-

prie-

prietatis dominium habere *l. si tibi* 17. *ff. quib. mod. vsusfruct. amitt. l. sed etsi* 12. *ff. ad l. Aquil. l. si ità legatus* 16. *ff. de vsu, & habitat. l. proprietatis C. de probat. §. fin. Instit. tit. de vsufr. l. vti frui* 5. *ff. si vsufr. pet. l.* 5. *§. etsi dominus l. inter* 20. *ff. de damn. infect. l. in pecudum ff. de vsur. l. acquiruntur §. de his l. per seruum §. fructuarius l. quod fructuarius* 49. *l. si is* 63. *§. quod si seruus ff. de Acquir. rer. dom.* Non tamen mirum est dominium dici pro proprietate: cum enim qui proprietatem rei habet, dominus sit proprietatis, etiam ipsius rei dominus rectè dicitur: neque enim fieri potest, vt proprietatem quis habeat, non habeat autem dominium, nec vt quis rei corporalis dominiũ habeat nisi is habeat proprietatẽ, sed & quisque proprietatem habet, habet etiã dominium, & è conuerso necesse est proprietatẽ eũ habere qui rei corporalis dominiũ habet. Cæterum oportet aliud esse dominium, aliud proprietatem, cum dominium proprietatis sit, non possit autem dominium dominij esse, sicuti nec proprietas proprietatis.

18 Dominium † itaque sic definiri posse existimo, vt sit *Qualitas qua significamus ea quæcunque legitimè ad nos pertinent nostra esse.* Dico *qualitatem.* Nam † sicuti ser-
19 uitus qualitas est prędiorum *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. sign. l. qui fumũ* 12. *ff. quemad. seruit. amitt.* ità & dominium. Sicuti enim ad essentiam, & substantiam fundi, vel alterius rei non requiritur vt seruiat, vel dominetur: ità accidit rei cuilibet, vt sit in dominio, vel non sit. Et licet in iuribus coniunctum semper cum illis reperiatur dominium, quia iura alicui constitui legittimè non possunt, quin idem eiusdem iuris dominus fiat, tamen accidens adhuc est, vt iura sint in dominio, licet inseparabile, quod iura constitui non possint, quin alicui constituantur: dominium enim non ingreditur eorum iurium substantiam, licet in consequentiam veniat. Est ergò dominium *qualitas qua significamus.* Existimo dominium non esse ius, sed qualitatem, quæ ex iure quod nostrum est, resultat; nempe, vt, quia ius illud nostrum est, domini dicamur, & dominium eius iuris habere. Non est tamen ius, quia ius iuris esse, esset inutile, & absurdum. Si enim semel ius eundi habemus, cur nobis aliud ius dandum est eius iuris habendi? & si proprietas nostra est, qua ratione nouum ius nobis concedendum est, vt proprietatem habeamus? Non est ergò dominium, vt Doctores existimarunt, ius ipsum, quod in rem habemus. Hoc ius si de re corporali agamus proprietas ipsa est. Si de re incorporali, veluti de seruitute, ipsa seruitus est. Et sic de singulis. Ex eo verò quod proprietatem habemus, habemus seruitutem, dicimur domini proprietatis, seruitutis domini; vt hoc ipsum significetur proprietatem nostram esse, nostram esse seruitutem *Quæcunque legittimè ad nos pertinent.* quibus verbis volumus complecti tam corporalia, quam incorporalia, tam res, quam iura in re constituta; quęcunque enim ad nos pertinent in dominio nostro esse dicũtur. Ideo non solum proprietatis domini dicimur, vt supra proba-
20 tum est, sed † & domini vsustru[illegible] *l.* 3. *ff. si vsusfruct. pet. l. in venditione in princ. ff. de reb. author. Iudic. possid.* dominium dicitur seruitutum *l. semper §. hoc interdicto ff. quod vi aut clam.* Item & actionum dominium. *Auth. de Aequalit. dot. §. illud.* Tãdem & possessionis etiam dominium. *l.* 2. *C. Theodos. de Bon. matern. l.* 1. *C. Gregor. si sub alter. nom. res empt. sit.*

Addimus *legittimè*, vt significemus non omnium rerum, in quibus potestatem aliquam habemus dominium quoq; habere, sed earum tantũ, quæ nobis quęsitę sunt legittimè, idest legis authoritate, vel gentium iure, vel simili constitutione. Si quod enim ius habemus, Exempli gratia, nobis à Prętore cõcessum, eius iuris, eius rei dominium non habemus. Ratio est, quia verè ius illud nostrum nõ est, sed tuitione duntaxat Prætoris. Pro-
21 batur id † (vt multa alia omittam) *ex l.* 3. *ff. si vsusfr. pet.* vbi dicitur eum, qui ex causa fideicommissi vsumfructum adeptus est, si desijt in vsu habere tanto tempore, quanto, si legittimè eius factus esset, amissurus eũ fuit, actionem ad restituendum non habere. Additur ratio, quia absurdum esset eum plus iuris habere, qui possessionem duntaxat vsusfructus, non
22 etiam dominium adeptus est. Quia † ergò fidei-

fideicommissum iuris ciuilis non est, sed ex Prætoris iurisdictione pendebat §. 1. *Instit. tit. de fideicom. hęred.* vsusfructus ex fideicommisso quęsitus in dominio nō erat, quia scilicet Prætor fideicommissarij vsumfructum non faciebat, sed ipsum duntaxat ad vsumfructum tuebatur, & exemplum legittimi vsusfructus sequebatur. *l. si quis vsumfructum 29. ff. de vsu,*
23 *& vsufr. leg.* Cæterum † quia fideicommissarium Prætor sua iurisdictione defendit, & pro domino habet, ideo & is fideicommissi dominium dicitur adipisci *l. Herennius Modestinus 42. ff. de vsuris.* sicuti & dominus dicitur qui à Prætore pro domino habetur *in l. 1. ff. de fundo dotali.* Qua ratione bonorum possessor dominium rerū habere dicitur *l. 1. ff de Bon. possess.* Et licet Prętor hęredes facere non possit *§. quos autem Instit de Bon. poss.* sępe tamen & bonorum possessor hęredis nomine, & nomine hæreditatis bonorum possessio venit. *l. heredis 170. l hereditatis 138. ff. de verb. signif.* Dum autem dicimus *quęcunque legittimè ad nos pertinent*, omnia complectimur nobis quæsita, quatenus quęsita sūt: si enim quęsiuimus proprietatem, domini erimus rei, si vsumfructum vsusfructus, si seruitutem seruitutis, & sic de cęteris. In quo cauendum est. Qui enim dominus est vsusfructus, non tamen rei dominus est; nec si ad rem habeatur relatio, domini appellatione continebitur. Inde tamen non sequitur dominum eum non esse. Nam rei dominus non est; est tamen dominus
24 vsusfructus. Aliud † enim res est, aliud ius in re constitutum *l. loci corpus ff. si seruit. vindic. l. 3 §. si ius ff. de reb. cor.* Et dominus est seruitutis, qui seruitutem habet, idem tamen dominus non est fundi seruientis. *Nostra esse* idest nobis concessa, & ad nos pertinentia. quodcunque enim ius nobis lege, vel simili iuris constitutione conceditur, nostrum dicitur.

Ex his constat definitiones dominij, quas Doctores attulerant potius proprietati accomodari potuisse, certè dominio nullo modo.

25 Quod † si queramus quid sit proprietas, vel aliqua ex supra allatis dominij definitionibus erit recipienda, vel fortè proprietatē ità definire poterimus, vt sit. *Summa rei potestas iure priuato nobis competens, quo res ad nos tantum pertinet, alijs nō nisi ad ius in re interdum admissis.*

Ex quibus verbis ea sola pro definitione sufficere possent *summa rei potestas iure priuato nobis competens* reliqua addita sunt ad declarationem.

Ille igitur habet proprietatem, qui summam & maximam, quę iure priuato conceditur, habet in re potestatem. Et quoniā proprietas cum in iure absolutè dicitur intelligitur de iure, quod quis habet
26 in re corporali, licet † interdum transferatur ad iura, & earum dominium *l. 2. §. quędam ff. de Interd.* Ideò licet rei appellatione etiam iura veniant, quia rei appellatio latissima est *l. 5. ff. de verb. signif.* tamen rei appellatione intelligo res solas corporales, quod quidem ex sequentibus verbis satis declaratur, dum admitto posse quem rei habere proprietatem, alium verò ius in re. Dico igitur *summa rei potestas* vt significem rei summum ius apud proprietarium esse; quamuis enim domino res sua non seruiat, vt supra dicebamus, nec aliquod ius possit in re sua quis habere, tamen id ità fit, quia qui summum ius, omne ius in re habet, non potest aliquod ius in re habere separatū: ratione enim summi illius iuris, omnia in re sua potest. Habet igitur proprietarius summum ius, summam potestatem. Potestatem verò accipio absolutè, non ab effectu. Licet ergò Pupillus, vel si qui alius dominus alienare non possit, non tamen ab hac definitione excluditur. Nam lex impedit effectum illius iuris, quod Pupillus habet, ius tamen ipsum ei non adimit, adhuc enim verum est Pupillum summum ius rei habere; quale & alij proprietarij habent. Summam ergò potestatem dico pro summo iure, & potestatem iuris intelligo, nō facti *Iure priuato nobis competens* quod tamen ius nobis sit concessum vel iure Gentium, vel
27 iure ciuili. Non iure Prętorio quod † propriè ius non est, sed aliquam tantum, licet non modicam, obtinet iuris authoritatem *§ pretorum quoque Instit. tit. de Iuri natur. Gent & Ciuil. Quo res ad nos tātum pertinet.* Videntur hæc verba super-

flua

sua; Nam summam, idest omnem non habet quis rei potestatem, si & alius habeat. Cæterum vt dixi hęc verba ad declarationem addo. Quamuis enim proprietas sit summa rei potestas, tamen summa est, quę iure priuato concedatur. Proprietarius ergò summam, & omnem habet rei potestatem, sed id est intelligendum quantum pertinet ad ius priuatum. Hoc iure priuato omnis potestas in re Proprietario conceditur, omnis alius excluditur, nullus alius est, qui iure pri-

28 uato potestatem in re habeat. Fieri † tamen potest, vt alius habeat iure publico propter publicam scilicet vtilitatem, veluti Princeps *l. de precario ff. ad l. Rhod. l. Lucius ff. de euict.* vel etiam magistratus. *l. 2. ff. de his qui sui sunt, vel alien iur.* cuius potestas, & imperium ad ius publicum pertinet *l. 1. §. huius studij ff. de Iust. & iure.* Hanc potestatem interdum ius publicum tribuit in rebus nostris, ità scilicet exigente publicę vtilitatis necessita-

29 te. Cæterum † ius priuatum omne ius tribuit proprietario, nullum nec Reipublicæ. *l. venditor §. 1. ff. commun. prædior.* Quamuis autem interdum duo, vel plures eiusdem rei sint proprietarij, non tamen vitiatur nostra definitio; Nam eorum quisque in sua portione omnem

30 habet potestatem. Licet † enim res communis iuris plurium ità sit, vt vnusquisq; partem iuris intellectu magis habeat, quā corpore *l. seruus cōmunis ff. de stipul. seruor.* quia res cuiusque est pro indiuiso, tamen in ea portione quomodocunque intellecta, vnusquisque socius solus

31 ius habet, & potestatem: neque † enim duos in solidum eiusdem rei esse dominos effici potest *l. si vt certo §. fin. ff. commod. Alijs nonnisi ad ius in re interdum admissis.* Proprietarius is est, ad quem res pertinet, & ad quem solum; is qui ius summum in re habet, omne ius, nisi ex vniuerso iure aliquid diminuerit, & aliquod ius alicui concesserit. Proprietarius igitur summum ius in re habet, sed rem vt supra monuimus intelligimus ad differentiam iurium in re constituto-

32 rum prout † etiam distinxit Vlpianus *in l. fin. ff. de legib.* in illis verbis. *aut quemadmodum rem suam quis, vel ius suum conseruet.* Interdum enim in re aliquis ius habet, quod toties fit, quoties legittimis modis ius illud est constitutum. Nam alioqui proprietas plena est, & ratione summæ illius potestatis potest proprietarius in re sua facere quoduis libet, & ex re sua emolumentum omne percipere. Cęterum potestas ista interdum minuitur, dum alijs ius aliquod in re constituitur, putà, vsusfructus, vel seruitus. Nam fructuarius ipse ratione eius iuris constituti fructus capiet. Et Proprietarius ratione seruitutis constitutę in suo vel non facere, vel aliquid pati cogetur. Cęterum adhuc proprietarius summam in re habebit potestatē cum res adhuc ad eum solum pertineat, licet alijs Ius in re fuerit constitutum; ad illos enim iura spectant, quę sunt in re constituta, res adhuc Proprietarij est. Illi non rei sed iurium in re constitutorum sunt domini *l. loci corpus ff. si seruit. vindic.*

F I N I S.

Ad Laudem & Gloriam Omnipotentis DEI, & Deiparæ semper Virginis MARIÆ.

INDEX CAPITUM.

†

duran-

FINIS.

INDEX RERVM ET VERBORVM

A

B

† 2 Bono-

etiam

con-

Fru-

Hære-

I

L

Mala

M

N

Possess-

Substi-

T

V

Vsu-

FINIS.